

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Rennan Sarobe Luft

DE KELSEN A ALEXY

A superação da discricionarietà na aplicação do direito

Porto Alegre

2020

RENNAN SAROBE LUFT

DE KELSEN A ALEXY

A superação da discricionariedade na aplicação do direito

Trabalho de conclusão de curso submetido ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Porto Alegre

2020

RENNAN SAROBE LUFT

DE KELSEN A ALEXY

A superação da discricionriedade na aplicação do direito

Trabalho de conclusão de curso submetido ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Prof. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

Prof. Dra. Vera Maria Jacob Fradera

Aprovado em 23 de novembro de 2020.

AGRADECIMENTOS

Faço um especial agradecimento aos meus pais, Renato e Fabiane, aos meus irmãos, Felipe e Rafael, e à minha companheira, Célia, pelo carinho, compreensão e apoio incondicionais e essenciais para o meu crescimento pessoal e acadêmico. Vocês tornaram possível a realização deste trabalho.

Agradeço ao Professor Luís Afonso Heck, pela dedicação e solicitude empregadas na orientação, bem como pelas contribuições fundamentais para a realização da pesquisa.

Agradeço também aos amigos Fernando Graeff e Luiz Lopes pela revisão e pelas sempre enriquecedoras discussões, que muito contribuíram para o desenvolvimento do trabalho.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, seus professores e colaboradores, pelos anos que aqui estive e pela excelência no ensino.

RESUMO

A discussão sobre o papel do juiz na aplicação do direito e na interpretação das leis é assunto tradicional na ciência do direito, mas nem um pouco ultrapassado. O tema interessa não somente aos teóricos, mas sobretudo à prática jurídica, já que envolve, de um lado, a busca pela justiça nas decisões, e de outro, as exigências de segurança jurídica e separação dos poderes. Nesse cenário, são diferentes as respostas de dois grandes teóricos do direito, Hans Kelsen e Robert Alexy. O primeiro apresenta uma teoria do direito positivista que, com base em seus pressupostos teóricos, em especial o problema metaético da fundamentabilidade dos juízos morais, apresenta a noção de discricionariedade na aplicação do direito. O segundo, partindo de um conceito não-positivista do direito e de uma perspectiva discursiva, em que o discurso prático e a argumentação jurídica têm um papel central, encontra uma solução ao problema da fundamentabilidade dos juízos morais e, assim, pretende uma superação da ideia de discricionariedade na aplicação do direito. Nesse contexto, o projeto do presente trabalho é contrapor o positivismo de Hans Kelsen com o não-positivismo de Robert Alexy, tendo como referência a ideia de discricionariedade em Kelsen, e a proposta de superação dessa ideia em Alexy. O capítulo 1 é destinado à apresentação da teoria de Kelsen, enquanto o capítulo 2, para a teoria de Alexy. Para a delimitação do tema, foi utilizada sobretudo a bibliografia pertinente aos dois autores. Na conclusão, pretende-se demonstrar quais os ganhos na adoção da teoria de Robert Alexy, como forma de superação da discricionariedade na aplicação do direito.

Palavras-chave: Discricionariedade. Poder discricionário. Juspositivismo. Discurso jurídico.

ABSTRACT

The debate about the role of the judge in the law interpretation and application is a traditional subject in Legal Sciences, but it is not at all outdated. The theme is interesting not only for theorists, but above all to the legal practice, as it involves, on the one hand, the search for justice in the judgments, and on the other, legal certainty and separation of powers requirements. In this scenario, the responses of two great legal theorists, Hans Kelsen and Robert Alexy, are different. The first one presents a legal positivist theory that, based on its theoretical assumptions, specially the metaethical problem of the moral judgments reasonableness, arrives at the idea of discretion in the law application. The second one, based on a non-positivist concept of law and a discursive perspective, in which the practical discourse and legal reasoning play a central role, finds a solution to the problem of the moral judgements reasonableness and intends to overcome the idea of discretion in the law application. In this context, the project of this essay is to oppose the legal positivism of Hans Kelsen to the non-positivism of Robert Alexy, having as reference the idea of discretion in Kelsen, and the proposal to overcome this idea in Alexy. The Chapter 1 is used to present Kelsen's theory, while the Chapter 2 is used for Alexy's theory. For the delimitation of the theme, the relevant bibliography of the two authors was used. In the conclusion, it is intended to demonstrate the gains in the adoption of Robert Alexy's theory, as a way to overcome the discretion in the law application.

Keywords: Discretion. Discretionary power. Legal positivism. Legal speech.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
Capítulo 1 – O positivismo jurídico de Hans Kelsen e a discricionariedade na aplicação do direito.....	12
1.1. O contexto histórico e os pressupostos teóricos do positivismo jurídico	12
1.2. A teoria pura do direito de Hans Kelsen	15
1.2.1. O autor.....	15
1.2.2. A proposta de uma ciência do direito como ciência de normas	17
1.2.3. O direito e sua relação com a moral.....	21
1.2.4. A norma fundamental.....	26
1.2.5. Criação, aplicação e interpretação do direito: a discricionariedade como consequência	29
1.2.5.1. <i>A estrutura escalonada da ordem jurídica: a criação e a aplicação do direito</i>	29
1.2.5.2. <i>A discricionariedade na aplicação do direito</i>	32
Capítulo 2 – O não-positivismo jurídico de Robert Alexy e a proposta de superação da discricionariedade na aplicação do direito.....	37
2.1. A teoria do direito não-positivista de Robert Alexy	38
2.1.1. O autor.....	38
2.1.2. O conceito de direito não-positivista.....	39
2.1.2.1. <i>O argumento da correção</i>	40
2.1.2.2. <i>O argumento da injustiça</i>	42
2.1.2.3. <i>O argumento dos princípios</i>	44
2.2. A teoria do discurso prático racional e a teoria da argumentação jurídica.....	49
2.2.1. A teoria do discurso prático racional.....	50
2.2.1.1. <i>A fundamentação das regras do discurso: um argumento de três partes</i>	51

2.2.1.2. <i>As regras do discurso</i>	55
2.2.1.3. <i>Os limites do discurso</i>	62
2.2.2. O discurso jurídico como caso especial	65
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

O papel do juiz na aplicação e interpretação da lei se destaca como um dos temas de maior relevância para a ciência do direito, ocupando o centro do debate teórico há mais de século e originando as mais diversas teorias sobre o assunto. Contudo, a questão sobre *se e em que termos* é possível ao aplicador da lei chegar a uma decisão correta e/ou racional para um caso concreto não interessa apenas aos teóricos do direito, tendo impacto direto na prática jurídica e na qualidade das decisões judiciais. Nesse contexto, a resposta para a questão envolve não apenas os limites da ciência do direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais, a partir do momento em que toca temas sensíveis como a ideia de justiça das decisões, de um lado, e segurança jurídica, legalidade, e separação dos poderes, de outro.

Diversos são os caminhos e conclusões tomados pelos mais diferentes teóricos do direito, a partir de concepções diferentes do que é o direito e, antes ainda, de seus pressupostos científicos. Dessa infinidade de conclusões teóricas, duas são colocadas em evidência. As teorias de Hans Kelsen e Robert Alexy, representantes de duas concepções distintas do conceito de direito, uma positivista, outra não-positivista discursiva, ocupam não só um lugar de destaque acadêmico, mas são encontradas, cada vez mais, como pano de fundo de decisões dos Tribunais de todo o mundo, inclusive do Brasil.

A proeminência teórica e, sobretudo, prática dessas duas teorias demonstra a importância de uma análise detida de seus principais fundamentos, bem como de uma comparação analítica de seus pressupostos e conclusões. A partir disso, o projeto do presente trabalho é contrapor o positivismo de Hans Kelsen com o não-positivismo de Robert Alexy, apresentando um panorama geral de cada uma das teorias, mas tendo como referência a ideia da discricionariedade judicial na aplicação do direito, com o fim de lançar luz sobre o significado dessa palavra em um e em outro. Essa iluminação deverá conduzir a uma conclusão nesse âmbito. O projeto está estruturado do modo seguinte.

No primeiro capítulo, são apresentados os principais elementos da teoria pura do direito de Hans Kelsen. A título de contextualização, é abordado o contexto de surgimento do juspositivismo como contraposição à doutrina do direito natural, bem como os pressupostos teóricos próprios dessa concepção de direito, a fim de se melhor compreender onde se situa a teoria de Kelsen. A partir disso, e após um breve resumo sobre a vida e obra do jurista austríaco, são analisadas as principais traves de sua teoria, incluindo a sua proposta de estruturação da ciência do direito como uma ciência de normas, a sua conclusão acerca da relação do direito

com a moral e a ideia de norma fundamental como fundamento último ou norma de fechamento do sistema jurídico.

Por fim, é apresentada sua concepção de interpretação e aplicação do direito, a partir da qual é possível compreender o papel do aplicador do direito, em sua teoria, como uma consequência dos pressupostos teóricos por ele adotados, sobretudo a limitação da função da ciência do direito à mera descrição “livre de valores” do direito vigente, resultado do insuperável problema metaético da fundamentabilidade de julgamentos morais. Com isso, chega-se ao seu conceito de “discrecionarietà” ou “livre poder discrecionário” do julgador, e ao significado que essa palavra possui em sua teoria.

No segundo capítulo, partindo-se dos limites teóricos e científicos postos pelo positivismo e que fundam as conclusões da teoria kelseniana, é apresentada a teoria de Robert Alexy, que pretende uma superação do paradigma juspositivista e da ideia de discrecionarietà no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Após uma síntese sucinta de sua vida e obra, é explanado o conceito de direito não-positivista do jurista tedesco. A superação pretendida por sua teoria depende do acerto da tese de que o direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção, sendo esta a expressão de uma conexão classificadora entre direito e moral. Nesse contexto, são elencados os três argumentos expendidos para justificar a adoção de um conceito de direito não-positivista – argumentos da correção, da injustiça e dos princípios –, os quais permitem lançar-se a uma ideia discursiva de direito, a partir da qual o discurso jurídico e, mais além, a argumentação jurídica logram um papel central para a solução do problema metaético da fundamentabilidade de julgamentos morais.

Em seguida, passa-se a apresentar em pormenores a teoria do discurso prático racional e a função da fundamentação em Alexy. Tal fundamentação tem vez em um procedimento guiado por regras, que visa à garantia da racionalidade do discurso. Para justificar a adoção de tais regras, Alexy dispense de um argumento de três partes, que antecede a apresentação analítica das regras do discurso prático formuladas pelo autor. Na sequência, são explanados os contornos e razões dos limites do discurso prático, os quais levam à necessidade do direito.

Por fim, demonstra-se o porquê do discurso jurídico ser entendido como um caso especial do discurso prático geral na teoria de Alexy, dando lugar à sua teoria da argumentação jurídica. A partir desta teoria, a justificação das decisões é dividida em justificação interna e externa, sendo tarefa desta a correção das premissas utilizadas na decisão e, assim, o campo da argumentação por excelência. Com isso, apreende-se as contribuições da teoria do discurso para a superação da ideia de discrecionarietà kelseniana.

Segue, por fim, a conclusão, em que se busca responder em que termos é possível falar em um ganho na adoção da teoria do discurso de Alexy, em relação à teoria positivista de Kelsen, no âmbito da aplicação do direito.

Capítulo 1 – O positivismo jurídico de Hans Kelsen e a discricionariedade na aplicação do direito

1.1. O contexto histórico e os pressupostos teóricos do positivismo jurídico

Em linhas gerais, o positivismo jurídico apresenta-se historicamente como um movimento adverso à doutrina do direito natural, a qual propõe que “o direito positivo apenas é válido quando corresponda ao direito natural constitutivo de um valor de justiça absoluto”¹. Para tal doutrina, o direito só pode ser tido como válido, isto é, determinada norma só pode ser considerada como uma norma jurídica, se for caracterizada como “justa”, o que significa que a validade da norma de justiça se constitui como o fundamento da validade do direito positivo.²

Em contraposição ao ideal do direito natural, a concepção do positivismo jurídico compreende a validade do direito positivo independentemente da norma de justiça, ou seja, “um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato da sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto”³. Enquanto a doutrina do direito natural pretende deduzir da natureza ou da razão o direito correto, justo, a ponto de se poder conceber um conjunto de regras que comporiam um ordenamento de direito natural, o positivismo pretende banir toda a “metafísica” e as considerações valorativas do conhecimento do direito, restringindo rigorosamente esta última aos “fatos” considerados empiricamente.⁴ Do ponto de vista do positivismo, os atos pelos quais o direito é fixado são atos de pessoas. E é exatamente por conta de a validez do direito ser condicionada por esses fatos é que se conclui a positividade do direito.⁵

O *ethos* determinante para o movimento positivista é considerar as “ideias eternas”, os “valores absolutos” e, ao fim e ao cabo, a ideia de justiça, como inatingíveis racionalmente. Disso decorre que a ideia de justiça não é algo objetivável, tampouco um princípio com validade universal que possa ter relevância para o conhecimento ou determinação do direito positivo, estando reservado ao mundo das crenças pessoais e das convicções morais subjetivas, não

¹ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979, p. 5.

² *Ibid.*, p. 89-90.

³ *Ibid.*, p. 90.

⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 45-46.

⁵ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico? In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

podendo ser determinante para o conceito de direito, nem objeto de um enunciado científico.⁶ Diante disso, em suma, são dois os pressupostos teóricos fundamentais para a correta compreensão do positivismo jurídico.

O primeiro pressuposto teórico é o ideal científico do positivismo filosófico, que permeia toda a concepção de ciência do direito própria do juspositivismo. Sob positivismo filosófico entende-se “cada direção da filosofia e ciência que parte do positivo, dado, compreensível, somente nisso ou nessa ‘descrição’ exata vê o objeto da investigação, rejeita cada metafísica de tipo transcendental e quer eliminar todos os conceitos do supra-sensível”⁷. A ciência, para o positivismo, é uma “função de cognição” e “descrever o mundo é o seu objetivo”. Os enunciados científicos são juízos sobre a realidade, são verdadeiros ou falsos, entendendo-se “verdade” como “conformidade com a realidade”⁸.

Com base nessa perspectiva, sob positivismo jurídico se entende “cada teoria do direito que como ‘direito’ entende somente direito positivo, e cada outra ordem social, também quando ela, no uso do idioma, é designada como ‘direito’, como especialmente o ‘direito natural’, não deixa valer como direito”⁹. O que interessa para a teoria do direito positivista, portanto, é descrever o direito positivo existente, este verificável na *realidade*, afastando-o de uma relação com algum direito natural.¹⁰

O segundo pressuposto teórico positivista é o relativismo moral. Para o positivismo jurídico, a resposta sobre o que é justo e correto é de cunho subjetivo, relativo, e, assim, recusada à ciência racional, bem como ao conceito de direito. Dessa forma, para a matiz positivista, uma teoria do direito só será considerada como *verdadeira ciência* quando se livrar das amarras da metafísica e da busca pela justiça. Isso porque, enquanto de um lado, “do ponto de vista da ciência, não existe uma realidade absoluta”¹¹, de outro, “justiça é, segundo sua essência, um valor absoluto”, se colocando “do outro lado do conhecimento científico-racional”¹².

⁶ LARENZ, op. cit., p. 46.

⁷ KELSEN, O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 85, citando a obra de Rudolf Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 4. Aufl., 2. Bd., 1929, S. 474.

⁸ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 149-150.

⁹ KELSEN. O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 85.

¹⁰ Nesse sentido: “Apenas o Direito positivo pode ser objeto de uma ciência do Direito.” (Cf. KELSEN, Hans. O que é justiça? op. cit., p. 359.)

¹¹ KELSEN, Hans. O que é a doutrina do direito pura? in: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2017. p. 145.

¹² Ibid., p. 151-152.

É exatamente por conta disto que o positivismo jurídico se mostra como um contraponto à concepção da doutrina do direito natural. A partir do momento em que entende que o juízo de valor é sempre *relativo*, isto é, quando não se pressupõe qualquer valor moral *absoluto*, mostra-se impossível determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto, não podendo ser a justiça, portanto, o fundamento de validade do direito positivo.¹³

Assim, uma das consequências dos pressupostos teóricos positivistas é a separação do direito e da moral, com a total exclusão da ideia de justiça ou correção moral do conceito de direito e, assim, sua desconsideração para aferição da validade do direito positivo. O positivismo vem afirmar que a validade de uma norma do direito positivo é *independente* da validade de uma norma de justiça, “tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está de harmonia com uma norma jurídica positiva”¹⁴.

Dito de outra forma, pode-se concluir que todo o positivista defende as chamadas *tese da separabilidade e tese da separação*. Segundo a tese da separabilidade, não existe conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, havendo, quando muito, uma conexão de caráter contingente, sendo esta uma mera questão de fato – é possível, mas não necessária. Em outras palavras, pode-se conferir ao direito qualquer conteúdo, sem que a exigência moral ou de justiça desempenhem um papel determinante. A tese da separação, por seu turno, vai além e determina que existem bons fundamentos para definir o conceito de direito de modo que todos os elementos morais sejam excluídos.¹⁵

Por conta disso, para o juspositivismo, existem somente dois elementos de definição do direito, quais sejam, a “legalidade conforme o ordenamento ou dotada da autoridade” e a “eficácia social”. Com efeito, na concepção positivista de ciência, são apenas *suscetíveis de conhecimento científico* os fatos sensíveis e as “leis” que neles se manifestam (*eficácia social*), e as relações lógicas entre as normas (*legalidade conforme o ordenamento*).¹⁶ As variantes da corrente positivista resultam, assim, das distintas interpretações e pesos dados a esses dois elementos de definição.¹⁷

¹³ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 73.

¹⁴ Kelsen. A justiça e o direito natural. op. cit., p. 11.

¹⁵ Alexy, Robert. Direito e Moral. in: Heck, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115-116.

¹⁶ Larenz. op. cit., p. 46-47.

¹⁷ Alexy, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4.

As definições de direito mais orientadas para a *eficácia social* são encontradas sobretudo no campo das teorias positivistas sociológicas e psicológicas. Tais teorias subdividem-se consoante o enfoque que é dado ou ao aspecto externo, ou ao aspecto interno da norma e do sistema normativo. O *aspecto externo* de uma norma consiste na regularidade de sua observância e na dação de uma sanção no caso de inobservância, enquanto o *aspecto interno* abrange a motivação da sua observância e/ou aplicação, isto é, o reconhecimento e a expectativa que envolve a comunidade jurídica no que tange às normas jurídicas.¹⁸

As definições de direito orientadas para a normatização enfocam no elemento da *decretação de acordo com a ordem*, se encontram no âmbito da teoria analítica do direito, as quais se dedicam à análise lógica ou conceitual da prática jurídica.¹⁹

As definições que dão maior peso à eficácia social falharam ao não abordar com a devida atenção o que é, para o direito, essencial e característico: a sua pretensão de validade, o momento do *dever-ser*. Ademais, acabaram por mesclar na ciência do direito elementos a ela estranhos, como a sociologia e a psicologia. Tais imperfeições levaram Hans Kelsen a reivindicar para a ciência jurídica, a partir de uma teoria *normativa*, uma *autonomia* não só em relação aos influxos de natureza ética ou religiosa, pois metafísicos, como também aos elementos sociológicos e psicológicos,²⁰ motivo pelo qual constitui o ponto de partida do presente estudo.

Feitas tais considerações gerais sobre o positivismo jurídico, essenciais para a compreensão do que se pretende com este trabalho, proceder-se-á, no que segue, à análise pormenorizada da teoria de Hans Kelsen, com enfoque especial no seu conceito de direito e em sua teoria da interpretação e aplicação do direito.

1.2. A teoria pura do direito de Hans Kelsen

1.2.1. O autor

Hans Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881, na cidade de Praga, região da Checoslováquia, atual República Tcheca, à época pertencente ao Império Áustro-Húngaro. Aos 4 anos de idade, sua família, de origem judaica, mudou-se para Viena, local onde iniciou sua formação jurídica. Em 1900, iniciou a Faculdade de Direito de Viena, instituição onde graduou-

¹⁸ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 17-20.

¹⁹ Ibid., p. 20-23.

²⁰ LARENZ. op. cit., p. 48.

se, em 1906, e, em 1911, passou a lecionar como professor de direito público e filosofia do direito.

Para além de sua fama internacional como professor e teórico do direito, Kelsen, durante a 1ª Guerra Mundial, foi convocado para o Gabinete do Ministério da Guerra e nomeado assessor direto do ministro, posição que lhe permitiu participar dos bastidores da queda da monarquia austro-húngara, e colaborar nos trabalhos da Constituição Austríaca de 1920, em vigor ainda hoje.²¹⁻²²

Em 1921, Kelsen foi nomeado membro da Corte Constitucional, permanecendo até a sua dissolução, ocorrida em 1929, o que o motivou a aceitar o convite para lecionar na Universidade de Colônia, na Alemanha. Com a ascensão do nacional-socialismo e a tomada do Reich por Hitler, Kelsen foi um dos primeiros professores a serem demitidos. Receoso de ser enviado a um campo de concentração pela sua anterior participação na redação da constituição democrática austríaca, conseguiu deixar o país. A partir daí, lecionou em Genebra, em Praga e nos Estados Unidos, onde viveu até seu falecimento, em 19 de abril de 1973.²³

Em 1934, mesmo ano em que foi demitido da Universidade de Colônia e teve que deixar a Alemanha às pressas por conta do nazismo, publicou sua obra mais conhecida e que, segundo Karl Larenz, “constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência ... que o nosso século veio até hoje a conhecer”²⁴: a denominada Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*).

Em sua obra autobiográfica, Kelsen admite que aquilo que mais lhe chamava atenção, no início de sua carreira jurídica, eram os problemas de teoria do direito e a confusão dos autores de sua época nesta temática, o que explica a motivação e objetivo de sua teoria:

“O que chamou minha atenção na exposição tradicional desses problemas foi a total falta de exatidão e fundamentação sistemática e, sobretudo, uma tremenda confusão dos questionamentos, a confusão permanente entre o que é o direito positivo e o que o direito deveria ser - seja qual for o ponto de vista valorativo - e a diluição da fronteira entre a questão de como os sujeitos deveriam se comportar segundo o direito positivo e a questão de como eles efetivamente se comportam. A separação nítida entre uma teoria do direito

²¹ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 55-66 e 79-81.

²² A Constituição Austríaca de 1920 ainda está em vigor atualmente e parte desta encontra-se traduzida em HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119 e seguintes.

²³ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. op. cit., p. 81-109.

²⁴ LARENZ. op. cit., p. 92. Veja-se que a primeira edição da obra foi publicada em 1934, e a segunda, em 1960, ambas, portanto, no século XX.

positivo e a ética, de um lado, e a sociologia, do outro, me parecia urgentemente necessária.”²⁵

Reputado internacionalmente como um jurista de “importância indiscutível e atualidade ininterrupta”²⁶, bem como o representante do “apogeu do positivismo no âmbito da Europa continental”²⁷, também no Brasil, sua posição científica é considerada como “um legítimo divisor do pensamento jurídico universal: o que existe hoje em Teoria do Direito situa-se antes e depois de Kelsen”²⁸.

Feita a devida referência à sua importância incontestável no mundo jurídico, seguir-se-á com a análise dos pontos principais de sua teoria para que, ao final, se possa compreender a ideia de discricionariedade como consequência dos pressupostos teóricos por ela adotados.

1.2.2. A proposta de uma ciência do direito como ciência de normas

Ao pretender desenvolver uma teoria do direito, Kelsen procura, primeiramente, conhecer o objeto desta, partindo, portanto, da seguinte questão: “o que é e como é o Direito?”. Com isso, procura garantir um conhecimento dirigido apenas ao direito, excluindo tudo que não se possa determinar como direito. O seu princípio metodológico, assim, é justamente a liberação da ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, isto é, afastá-la não apenas de toda a metafísica, de natureza ética ou religiosa, mas também de outras áreas do conhecimento, como a ética, a sociologia e a teoria política.²⁹⁻³⁰

Para responder sua pergunta, Kelsen coloca como objeto central de sua teoria a definição de *norma*. Com o termo “norma”, entende-se que algo *deve* ser ou acontecer ou, especificamente, que o homem *deve* se conduzir de determinada maneira. A palavra “norma” designa um mandamento, ela significa que algo deve ocorrer, expressando-se linguisticamente por meio de uma *proposição de dever-ser*.³¹ A norma é o sentido de um ato mediante o qual

²⁵ KELSEN. Autobiografia de Hans Kelsen. op. cit., p. 42.

²⁶ JAESTAEDT, Matthias. Introdução por Matthias Jaestaedt. in: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 5.

²⁷ TREVISAN, Leonardo Simchen. *Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e seus críticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, p. 44.

²⁸ DUARTE, José Florentino. Palavras do Tradutor. in: KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. XII.

²⁹ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 1.

³⁰ LARENZ. op. cit., p. 93.

³¹ TREVISAN. op. cit., p. 26.

uma determinada conduta humana é ordenada, permitida ou autorizada³². É o sentido do ato de um indivíduo que “exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira”³³. E o direito, objeto da ciência jurídica, é, portanto, nada mais que “um sistema de normas que regulam o comportamento humano”³⁴.

A norma, portanto, não se confunde com o ato que a exprime, com a deliberação, com o comando, este um ato do mundo físico (um ser). Isso porque “a norma é um dever-ser”, diferenciando-se do ato de vontade do qual ela constitui o sentido, que é um “ser”³⁵. A norma é, dada tal definição, *o que se quer dizer* com o ato de vontade, o seu *sentido*, e não o ato em si.

Com isso, é possível concluir que a absoluta oposição entre o ser o dever ser é uma das teses fundamentais da teoria de Kelsen³⁶. Para o autor, tal oposição percebe-se como “um dado imediato da nossa consciência”, pois ninguém pode negar que aquilo que *é* se distingue essencialmente de que algo *deve ser*, como que aquilo que deve ser não se segue obrigatoriamente que algo seja.³⁷

Todavia, não é todo e qualquer ato que possui um dever-ser – como sentido *subjetivo* de ordenar, proibir ou autorizar – que poderá ser considerado como uma norma jurídica, ou seja, “não basta uma mera expectativa do indivíduo do qual emana esse agir” para que a ordem emanada seja considerada uma norma jurídica. Isso porque o dever-ser somente constituirá um sentido *objetivo* se uma norma jurídica válida lhe conferir tal sentido.³⁸ O conhecido exemplo apresentado por Kelsen resume o que se quer dizer:

“A ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster se não apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência.”³⁹

³² KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 6.

³³ Ibid., p. 5.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., p. 6.

³⁶ LARENZ. op. cit., p. 94.

³⁷ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 6.

³⁸ TREVISAN. op. cit., p. 27.

³⁹ Ibid., p. 9.

Nesse contexto, a norma jurídica funciona como um “esquema de interpretação”, isto é, transforma o simples evento fático, o ato como elemento do mundo físico, em um evento jurídico, exatamente pela significação jurídica que possui. Um ato humano, fático, com sentido subjetivo de ordenar, proibir ou autorizar, se transforma em jurídico exatamente pela circunstância de possuir um sentido objetivo *conferido por uma norma jurídica*. Como esclarece Kelsen, o ato do mundo do ser representado por uma deliberação parlamentar ou um contrato só é considerado como um ato de criação de normas, jurídico, quando o seu sentido residir em estabelecer uma norma e quando tal sentido resultar, por sua vez, de uma outra norma, logicamente pré-ordenada, que lhe confere este significado especificamente.⁴⁰

Em outras palavras, “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”, pois é “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma”.⁴¹ Assim, “o ato jurídico surge quando há coincidência entre o conteúdo de um acontecer fático e o conteúdo de uma norma tida como válida”. Isso porque o sentido subjetivo do ato que comanda, que visa estabelecer uma norma, somente constituirá também o seu sentido objetivo se for emprestado o sentido objetivo por uma norma superior que atribua a competência para a prática de tal ato.⁴²

Para Kelsen, portanto, o que distingue a ciência do direito é exatamente o fato de ela se referir a *normas*, ou seja, a um dever ser, o qual apreende o seu conteúdo jurídico do sentido de um certo evento do mundo físico, ao subsumi-lo a uma norma jurídica válida, que retira a sua validade, por sua vez, por ter sido produzida de acordo com outra norma jurídica válida.⁴³

Pelo fato de lidar especificamente com normas, a teoria pura destaca à ciência do direito a sua especificidade lógica e sua autonomia metódica tanto com relação às ciências naturais, quanto com relação à ética e à metafísica.⁴⁴ Exatamente por excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o complexo de normas chamado “Direito”, este considerado o verdadeiro objeto da ciência *do direito*, entende Kelsen que a sua teoria satisfaz a exigência da “pureza do método”, podendo arrogar-se, portanto, o título de *ciência*. Este é o primeiro postulado que garante a pureza da ciência do direito.⁴⁵⁻⁴⁶

⁴⁰ LARENZ. op. cit., p. 95.

⁴¹ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 4.

⁴² TREVISAN. op. cit., p. 27.

⁴³ LARENZ. op. cit., p. 95.

⁴⁴ Ibid., p. 95-96.

⁴⁵ Ibid., p. 93.

⁴⁶ Nesse sentido: “Com a distinção entre lei natural causal e a proposição jurídica como a lei jurídica normativa, entre o princípio da causalidade e o da imputação, a doutrina do direito pura põe o fundamento da ciência do direito

Ao assim distinguir a ciência jurídica, limitando-a ao conhecimento e descrição de normas jurídicas⁴⁷, a teoria pura também discrimina o Direito em face da natureza, bem como a ciência jurídica, normativa, em face das ciências causais ou naturais, de cujo método se apossam também as ciências sociais causais (como a sociologia, a história e a psicologia)⁴⁸. As ciências causais se ocupam das relações de causa e efeito, isto é, são resultado da aplicação do princípio da causalidade. A ciência jurídica, por outro lado, por possuir um objeto distinto, rege-se por um princípio próprio: o princípio da imputação. Em que pese tanto a ciência causal como a ciência jurídica formulem proposições –isto é, enunciados que descrevem algo, consistindo em um juízo de conhecimento –, nas proposições jurídicas – proposições pelas quais a ciência jurídica descreve o Direito –, a ligação de seus elementos se dá “através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica”, por meio de um ato de vontade, enquanto que a ligação decorrente da lei natural independe de qualquer intervenção da vontade. Na natureza, diz-se que “quando A é, B é”, ou seja, a consequência é fática. No mundo jurídico, este normativo, diz-se que “quando A é, B deve ser”, ou seja, a consequência é normativa, podendo ou não se verificar no mundo fático.⁴⁹

Nesse ponto, Kelsen aponta uma das falhas das teorias positivistas sociológicas e psicológicas, em especial da jurisprudência realística norte-americana, a qual pretendia identificar a tarefa da ciência do direito com a predição de decisões judiciais, importando-se somente com a descrição de como os tribunais costumam decidir na realidade. Assim o fazendo, o objeto da ciência seria uma determinada realidade fática, e não normativa, qual seja, a jurisprudência dos tribunais, pelo que a sua descrição seria formulada a partir de proposições de *ser*. Tais proposições analisam exclusivamente a *eficácia* da norma, importando-se apenas

como uma ciência social normativa. Dessa separação da ciência do direito normativa das ciências causais em geral e, especialmente, também das ciências sociais orientadas pelo princípio causal, como a psicologia e sociologia, resulta um dos postulados essenciais, que constitui a pureza da doutrina do direito como uma ciência que tem de investigar não por causa e efeito da conduta regulada pela ordem jurídica, mas por aquela conexão que é produzida pela imputação que se baseia nessa ordem jurídica.” (Cf. KELSEN, Hans. O que é a doutrina do direito pura? op. cit., p. 145-146.)

⁴⁷ Isso porque, para o positivismo filosófico, a ciência possui uma função meramente cognitiva, tendo o objetivo de descrever e explicar a realidade. A peculiaridade da ciência do direito decorre do seu objeto, que são normas, razão pela qual possui um princípio próprio, distinto das demais ciências, que é o princípio da imputação. Isso em nada modifica a exigência de que seja descritiva, limitando-se, portanto, à descrição do direito positivo, vigente na realidade. Sobre o ponto, cf. KELSEN, Hans. O que é justiça? op. cit. p. 357-362.

⁴⁸ Quanto ao ponto: “Uma vez conhecido o princípio da causalidade, ele torna-se também aplicável à conduta humana. A Psicologia, a Etnologia, a História, a Sociologia são ciências que têm por objeto a conduta humana na medida em que ela é determinada através de leis causais, isto é, na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural. Quando uma ciência é designada como ciência social por se dirigir à conduta recíproca dos homens, uma tal ciência social, na medida em que procura explicar causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais como a Física, a Biologia ou a Psicologia.” (Cf. KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 95-96.)

⁴⁹ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 84-87.

com o que é efetivamente decidido pelos tribunais, não se preocupando com o que os tribunais *devem* decidir, isto é, com a uma análise da *norma* pressuposta na decisão do tribunal, feita a partir de proposições de *dever ser*, o que, para Kelsen, constituiria o verdadeiro objeto da ciência do direito.⁵⁰⁻⁵¹

Encontrando-se delimitado, assim, o direito em face da natureza, e a ciência jurídica em face das ciências naturais, aquela uma ciência de normas e não de fatos da natureza, resta saber *quais* normas constituem o objeto da ciência do direito, o que Kelsen aborda detidamente ao se debruçar sobre a relação entre o direito e a moral.

1.2.3. O direito e sua relação com a moral

Kelsen reconhece que, ao lado das normas jurídicas, existem outras normas que, como sentido de um ato de vontade, regulam a conduta dos homens, sendo todas consideradas dentro do grupo maior das chamadas *normas sociais*. Ele designa essas outras normas como “moral”, sendo a ética a disciplina voltada ao seu conhecimento e descrição.⁵²

Uma importante distinção apontada por Kelsen entre direito e moral reside no fato de que, enquanto, de um lado, o direito é uma “ordem de coação”, isto é, “uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado”, de outro lado, a moral é “uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, ... nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física”. Em outras palavras, para tal distinção, pouco importa o *conteúdo* prescrito ou proibido por ambos, mas sim o *modo* como o prescrevem ou proíbem.⁵³

Assim estabelecida a diferença do sistema de normas do direito e da moral, Kelsen passa a analisar a relação que existe entre ambos. Primeiro, ele distingue a *possibilidade* fática de que, por vezes, o direito prescreva ou proíba condutas da mesma forma prescritas ou proibidas pela moral, da *necessidade* de que aquele assim o faça. Com isso, ele pretende afastar a ideia

⁵⁰ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 97-99.

⁵¹ A síntese da teoria do direito realista norte-americana se infere da famosa definição de Oliver Wendell Holmes, Juiz da Suprema Corte Norte-Americana: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” (Cf. HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Harvard Law Review Vol. 10, 1897, p. 461.)

⁵² KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 67.

⁵³ *Ibid.*, p. 71.

de que o direito deve representar um mínimo moral, ou, em outras palavras, que deve ser “justo”.⁵⁴⁻⁵⁵

A separação entre direito e moral pretendida por Kelsen decorre do pressuposto teórico dado pelo positivismo filosófico a partir do qual, do ponto de vista científico, rejeita-se a aceitação de um *valor absoluto*. Para o positivismo, a justiça absoluta é um “ideal irracional”. Tal rejeição é consequência da constatação de que um valor absoluto apenas pode ser admitido quando se pressupõe tenha se originado de uma vontade divina, da vontade de um deus e, assim, quando encontra “base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade”⁵⁶, o que é característico da doutrina do direito natural.⁵⁷

Com efeito, a doutrina do direito natural busca fornecer uma solução para o problema da justiça, com base na suposição de que é possível *deduzir*, a partir da *natureza* (do homem, das sociedades ou das coisas), regras que proveem uma prescrição absolutamente adequada para a conduta humana, a solução justa para os problemas sociais.⁵⁸

Tal concepção esbarra, em primeiro lugar, na diferença apontada por Kelsen entre ser e dever-ser, entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação. As normas sociais, ao prescreverem uma determinada conduta, ao representarem um juízo de valor, tratam de um *dever ser*, enquanto as leis naturais tratam de um *ser*, isto é, de uma descrição. Com uma norma social, atribui-se um determinado valor a uma conduta, sendo positivo se a conduta está em conformidade com a norma pressuposta. Sem tal norma pressuposta prescrevendo algo, não é possível fazer um juízo de valor a uma determinada conduta. Não é possível apontar o valor ou desvalor de uma coisa simplesmente pela sua realidade natural, pelo seu existir fático. Em outras palavras, “não existe nenhuma inferência lógica a partir do ‘é’ para o ‘deve ser’, da realidade natural para o valor moral ou jurídico”.⁵⁹

Partindo-se do pressuposto que a norma é, necessariamente, resultado de um “querer”, de um ato de vontade, somente se se considerasse que há, na natureza, uma vontade legisladora, isto é, quando se pressupõe a imanência na natureza de um deus, um ser absoluto e

⁵⁴ Isso porque, “na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito.” (Cf. KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 67.)

⁵⁵ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 72.

⁵⁶ Ibid., p. 72.

⁵⁷ Nesse sentido: “A consequência essencial do positivismo jurídico é a separação do direito da moral e, por isso, também do chamado direito natural, que forma um componente da moral, que pode ser considerado como metafísica do direito e que não fixado por atos de vontade humana, mas - segundo a doutrina do direito natural - deduzido da natureza; o que, contudo, somente seria possível sob a suposição teológica: que na natureza, criada por deus, manifesta-se a vontade de deus.” (Cf. KELSEN. O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 92.)

⁵⁸ KELSEN. O que é justiça? op. cit., p. 137.

⁵⁹ Ibid., p. 140.

transcendental, é que poder-se-ia considerar a possibilidade de um direito da natureza, de um juízo de valor advindo da natureza.⁶⁰ Todavia, tal conclusão esbarraria, em segundo lugar, na constatação juspositivista de que uma suposição da imanência de um valor na realidade natural não é aceitável do ponto de vista da ciência, por não ser aferível nem lógica nem empiricamente. Assim, para Kelsen, a doutrina do direito natural acaba por fundamentar-se na falácia lógica de uma inferência do “é” para o “deve ser”.⁶¹⁻⁶²

A rejeição à ideia de uma moral absoluta também advém da constatação de que “nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias” e “da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares”, o que comprova, para o autor, a inadmissibilidade de que a justiça seja considerada um dado apreensível cientificamente.⁶³⁻⁶⁴

Interessante é que Kelsen não nega a existência do problema da justiça, ou ainda a necessidade de que os homens justifiquem sua conduta como boa ou correta; apenas nega que tal necessidade possa ser satisfeita por meio do conhecimento racional, considerando tal um “problema insolúvel para o conhecimento humano”⁶⁵, que não pode afirmar que só uma das

⁶⁰ KELSEN. O que é justiça? op. cit., p. 141.

⁶¹ Nesse sentido: “Mas uma teoria do direito, como ciência, não pode compreender normas como sentido de uma vontade divina e descrever como tais, porque ela não pode supor que a vontade de deus, assim que ela é ‘revelada’ por algum profeta, é observável e reconhecível.” (Cf. KELSEN. O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 87.)

⁶² A crítica de Kelsen à doutrina do direito natural pode ser assim sintetizada: “O que é comum às distintas definições de direito natural... é a validade de normas que não são o sentido de atos de vontade humanos; [...] De modo nenhum, porém, pode consentir-se que existem normas que não são o sentido de um ato de vontade, ainda que não justamente um ato de vontade humano. A uma natureza, à qual normas são imanentes, tem de também uma vontade ser imanente, cujo sentido essas normas são. De onde, porém, pode uma tal vontade entrar na natureza que, do ponto de vista do conhecimento racional-empírico, é um agregado de fatos do ser unidos um com o outro como causa e efeito? Uma vontade na natureza é ou uma superstição animista ou é a vontade de deus na natureza criada por ele, a imanência do valor divino na realidade. Se normas são imanentes à natureza da pessoa, especialmente à sua razão, não pode a razão, que de um ponto de vista puramente psicológico somente é uma capacidade de pensar ou de conhecimento, ser a razão humano-empírica, contanto que essa pode ser descrita sem contradição lógica. Mas numa esfera situada do outro lado de toda realidade empírica, transcendental, sobre-humana não encontra, contato que se supõe sua existência, o princípio da contradição excluída, como um princípio da lógica humana, nenhuma aplicação. Da razão divina pode fazer-se a declaração, cheia de contradição para a razão humana, que ela é, simultaneamente, função de conhecimento e de vontade; de deus pode dizer-se que nele conhecer e querer são um.” (Cf. KELSEN, Hans. O Fundamento da Doutrina do Direito Natural. in: HECK, Luís Afonso. *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54-55.)

⁶³ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit, p. 72-73.

⁶⁴ Nesse mesmo sentido: “Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vão os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos.” (Cf. KELSEN. O que é justiça? op. cit., p. 23.)

⁶⁵ Nesse sentido é a seguinte passagem: “Não deve negar-se que existe o problema da justiça absoluta no sentido de que os homens têm e provavelmente sempre terão a necessidade de justificar a sua conduta como absolutamente boa, absolutamente justa; e também se não recusará que o positivismo jurídico relativista não pode fornecer uma

ordens morais tenha um valor absoluto, que seja a única “justa”.⁶⁶ Em outras palavras, se o que é bom segundo um sistema de valores pode ser mau em outro sistema, a conclusão é que os valores são apenas relativos, a depender das escolhas morais de cada sociedade.⁶⁷

Assim, quando se pede que o Direito corresponda às normas da moral, o positivista deverá perguntar *a qual* ordem moral pertencem essas normas⁶⁸, já que, não havendo um valor moral absoluto, mas apenas valores morais relativos, podem existir ordens e normas morais diferentes e contrárias entre si. Pressupondo-se apenas valores morais relativos, então “a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis”. É por isso que seria possível afirmar, para a teoria pura, que “neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo)”.⁶⁹

Nessa perspectiva, representando o direito um valor relativo, o agir segundo o Direito (*das Rechtmässige*) – aqui, o direito positivo – pode ser visto como um bem, um agir correto. Todavia, também é possível que a norma jurídica seja contrária ao que prescreve a norma de sistema de moral diverso, o que levaria à desaprovação do comportamento conforme o direito positivo instituído. De tal impasse, conclui-se que uma moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função de fornecer um *standard* de valoração da ordem jurídica positiva, e também não pode, portanto, constituir a justificação do direito positivo.⁷⁰

Dito isso, duas são as implicações advindas dos pressupostos teóricos positivistas acima explanados. A primeira, de que a justificação do direito não poderá mais ser empreendida a partir de um sistema moral único, este inconcebível para os pressupostos do juspositivismo, devendo o direito encontrar a sua validade independentemente da moral.⁷¹ A segunda, de que,

tal justificação. Porém, do facto de que uma necessidade existe, não pode concluir-se que tal necessidade pode ser satisfeita pela via do conhecimento racional - que o problema pode ser resolvido por esta via. Antes, a ciência pode mostrar que ele não pode ser resolvido desse modo, porque não há nem pode haver justiça absoluta para um conhecimento racional; que se trata de um problema insolúvel para o conhecimento humano - problema esse que, portanto, deve ser eliminado do domínio deste conhecimento.” (KELSEN. *A justiça e o direito natural*. op. cit., p. 166-167.)

⁶⁶ KELSEN, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Tradução de Luis Legaz Y Lacambra, 1ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 18.

⁶⁷ KELSEN. *O que é justiça?* op. cit., p. 141.

⁶⁸ LARENZ. op. cit., p. 96.

⁶⁹ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. op. cit., p. 74-75.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 75-76.

⁷¹ Quanto ao ponto, elucidativos os seguintes trechos: “Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está de harmonia com uma norma jurídica positiva ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é esse justamente o princípio do positivismo jurídico.” E mais adiante: “Um direito positivo não vale pelo facto de ser justo, isto é, pelo facto de sua prescrição corresponder à norma de justiça - e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça. É esta a

não sendo o juízo de valor algo apreensível cientificamente, e não existindo valores absolutos, a tarefa da ciência jurídica não deve ser a valoração ou apreciação do direito positivo, mas a simples descrição deste “livre de valores” (*wertfreie*).⁷²

Tal segunda implicação não significa, bem entendido, que o direito não trate de valores, mas somente que à *ciência do direito* não se deve conferir a função de responder qual é o direito correto.⁷³ A qualificação da ordem jurídica como justa ou injusta foge ao escopo da ciência do direito, a qual é orientada somente segundo o valor verdade. Esse é o segundo postulado que garante a pureza de uma doutrina do direito.⁷⁴⁻⁷⁵

Ocorre que, ao “arrancar o Direito da névoa metafísica em que a doutrina do Direito natural o envolvera como algo de sagrado na sua origem ou na sua ideia”⁷⁶ e, ao mesmo tempo, conferir à ciência do direito uma autonomia em relação às ciências causais⁷⁷, surge necessariamente uma lacuna no que diz respeito ao fundamento de validade das normas jurídicas e do sistema jurídico – o elemento que torna a norma, o dever-ser, como tipicamente jurídico.⁷⁸

Considerando a impossibilidade de se justificar o direito positivo a partir da correspondência de seu conteúdo com “a moral”, e tampouco a partir da simples verificação de um fato da ordem do ser⁷⁹, Kelsen aponta a solução para a análise da estrutura lógica do

concepção do positivismo jurídico, e tal é a consequência de uma teoria jurídica positivista ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista.” (Cf. KELSEN. *A justiça e o direito natural*. op. cit., p. 11 e 90.)

⁷² KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. op. cit., p. 76-78.

⁷³ Nesse sentido: “A doutrina do direito geral tem de descrever o direito positivo sem cada avaliação do mesmo, assim como ele é, não assim, como ele deve ser; e ela tem de definir os conceitos necessários para essa descrição objetiva. Ela é, como Radbruch a ela - injustificadamente - objetiva, ‘cega para valores’. Mas isso ela tem de - como ciência - ser. Isso não significa que o direito nada tem a ver com valor. A norma do direito constitui, como cada norma, que prescreve uma conduta como devida, um valor, o valor jurídico específico.” (Cf. KELSEN. *O que é positivismo jurídico?* op. cit., p. 94.)

⁷⁴ A ciência do direito, enquanto ciência, só pode ser obrigada a conceber o Direito positivo como o seu objeto, de forma “radicalmente realista.” (Cf. KELSEN. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 118.) Nesse sentido também é a seguinte passagem: “Como ciência, não tem que decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas que descrever aquilo que de facto é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor.” (Cf. KELSEN. *A justiça e o direito natural*. op. cit., p. 17.)

⁷⁵ KELSEN. *O que é a doutrina do direito pura*. op. cit., p. 150-151. Nota: Lembre-se que o primeiro postulado distingue a ciência do direito das ciências causais (cf. item 1.2.2.).

⁷⁶ LARENZ. op. cit., p. 97.

⁷⁷ Como afirma Larenz: “Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva ‘puro’ de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ‘ciência dos factos’ (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de ‘proposições de fé’, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa.” (Cf. LARENZ. op. cit., p. 93.)

⁷⁸ A questão chave aqui é: “Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?” (KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. op. cit., p. 215.)

⁷⁹ Como visto *supra* (item 1.2.2.), as teorias do direito causais falharam exatamente por deduzir um *dever ser* de um *ser*, sendo tal dicotomia uma tese fundamental na obra de Kelsen: “... explicamos que a questão de por que é que a norma vale - quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma - não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser

complexo de normas jurídicas, o que o leva a determinar a peculiaridade da norma jurídica pela *forma* por meio da qual ela foi produzida.⁸⁰ Ao final, chega-se ao conceito de norma fundamental, o fundamento último de validade do sistema jurídico.

1.2.4. A norma fundamental

Dizer que uma norma “vale” significa dizer que ela “vincula”, ou seja, que o seu destinatário deverá se conduzir do modo por ela prescrito. Assim, a pergunta-chave vem a ser o que torna uma norma válida – e, ao final, o que leva o sistema jurídico a ser considerado como válido.⁸¹

Visto o direito como um sistema de normas que, assim sendo, não pode justificar-se apenas a partir de algo pertencente ao mundo fático⁸², seu fundamento de validade só pode ser compreendido a partir de uma outra norma. Esta outra norma é designada como norma superior, vista em confronto com uma norma que é, em relação a ela, uma norma inferior.⁸³ Lembre-se que a norma, como *dever ser*, é o sentido de um ato de vontade de alguém. Contudo, o mero fato de alguém ordenar não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, isto é, para conferir vinculatividade ao comando.⁸⁴ Nesse sentido, apenas um alguém autorizado para tanto, isto é, uma *autoridade competente* pode estabelecer normas que serão consideradas válidas. Tal competência decorre do ato legiferante estar apoiado em uma norma superior que, por sua vez, autorize a fixação de normas.⁸⁵

A norma superior, a seu turno, também deve estar apoiada em uma norma que lhe é superior, a qual lhe confere a validade para produzir a norma imediatamente inferior. Todavia, se assim se seguisse sempre, a busca pelo fundamento de validade das normas regressaria ao infinito. Dessa forma, é necessário que as indagações terminem em uma “norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”.⁸⁶

O fim da cadeia, a norma que constitui o fundamento de validade de todas as normas e confere unidade ao sistema normativo, já que a validade de todas as normas é a ela reconduzida,

um tal fato. Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*.” (KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 215.)

⁸⁰ LARENZ. op. cit., p. 97.

⁸¹ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 215.

⁸² Para uma análise detida, conferir item “1.2.2.” *supra*.

⁸³ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 215.

⁸⁴ Para uma análise detida, conferir item “1.2.2.” *supra*.

⁸⁵ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 216-217.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 217.

é chamada de *norma fundamental* (*Grundnorm*). Contudo, uma tal norma deve ser *pressuposta*, já que o seu fundamento de validade não pode ser buscado em uma norma superior, não podendo, assim, ser uma norma *posta* por um ato de vontade.⁸⁷ Por exemplo, no caso de um ato constituinte, a norma fundamental é a norma pressuposta que confere autoridade legislativa ao indivíduo ou à assembleia de indivíduos encarregados de pôr a Constituição.⁸⁸ Assim, a norma fundamental permite que o sentido subjetivo do ato constituinte seja interpretado como o seu sentido objetivo, conferindo à Constituição sua validade.⁸⁹

Para Kelsen, a norma fundamental do sistema jurídico tem um caráter meramente formal, pois limita-se a instituir a competência para criar as normas do ordenamento a que concede validade, sem nada dizer respeito ao conteúdo das normas.⁹⁰ Deveras, seria inconcebível para um positivista admitir um conteúdo “pressuposto” ou “evidente”, *conhecido* pela razão, capaz de constituir o fundamento de validade de todo o sistema jurídico, tendo em vista que a fixação do conteúdo de uma norma se dá necessariamente por um ato de vontade, e não pelo conhecimento. Voltando-se ao pressuposto teórico juspositivista, para se afirmar que um determinado conteúdo ou validade das normas é imediatamente evidente, seria necessário crer “que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana”. Todavia, dizer que um deus ordena aos homens que se conduzam de uma determinada maneira é uma suposição metafísica que não pode ser aceita do ponto de vista científico, pois se trata de uma hipótese alheia a qualquer forma possível de experiência.⁹¹

A norma fundamental, portanto, se limita a delegar uma autoridade legisladora, isto é, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas do sistema, sem estabelecer um conteúdo determinado. Sendo formal, ela serve como fundamento para qualquer ordem jurídica positiva, seja qual for o seu conteúdo. Consequência disso é que todo e qualquer conteúdo pode ser considerado direito, bastando que seja fixado na forma prevista pela norma fundamental.⁹²

⁸⁷ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 217. Ressalva-se, quanto ao ponto, que Kelsen, em artigo escrito em 1962, modificou a terminologia para norma *fictiva* e, com isso, passou a apresentá-la como uma norma que pressupõe um ato de vontade *fictivo*. Para uma análise detalhada, conferir HECK, Luís Afonso. Posfácio. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 231.

⁸⁸ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 221-222.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 225.

⁹⁰ Kelsen distingue dois tipos de sistemas normativos: um estático - que tem na norma fundamental o fundamento de validade e também o conteúdo de validade das normas (sistema próprio do direito natural) -, e um dinâmico - é formal, a norma pertence ao ordenamento porque é criada por meio da *forma* prescrita, independentemente do conteúdo. O sistema jurídico, para a teoria pura do direito, é do tipo dinâmico. (Cf. KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 217-221.)

⁹¹ Sobre o ponto, ver item “1.2.3.” *supra*.

⁹² KELSEN. O que é justiça? op. cit., p. 359-360.

Nessa perspectiva, a norma fundamental constitui um *pressuposto lógico-transcendental*, permitindo uma resposta à lacuna que surge ao se afastar da ideia de validade do direito referências metajurídicas, a ele alheias, como um deus ou a natureza. Não possuindo um conteúdo, ela não é uma norma “querida”, isto é, posta por um ato de vontade, mas figura como “logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas positivas”, sendo uma norma apenas “pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas”⁹³. É uma norma pressuposta, portanto, um *dever ser* – e não a eficácia das normas jurídicas, um *ser* – que constitui o fundamento de validade da ordem jurídica.

Neste ponto, aparece o problema da relação entre validade (*Geltung*) e eficácia (*Wirksamkeit*) da norma, um dos problemas centrais da teoria positivista do direito⁹⁴. Em que pese Kelsen afirme que a norma jurídica é posta por meio de um ato do ser (o ato de vontade), a norma (*dever ser*), como *sentido* do ato do ser, não se identifica com o ato. Assim, também a validade da norma jurídica não pode se identificar com a sua eficácia, que é da ordem do ser. Todavia, também é verdade que uma ordem jurídica global e a suas normas em particular não poderiam ser consideradas válidas quando não são mais eficazes. Diante desse problema, Kelsen conclui que a eficácia do direito é apenas *condição* de validade da norma.⁹⁵

Nesse andar, Kelsen aponta outra falha das correntes sociológicas e psicológicas, que identificavam a validade do Direito com sua eficácia, o que é inconcebível para a teoria pura, diante da estrita separação entre o *ser* e o *dever ser*. Diferentemente do fundamento de validade, que é a questão de saber *por que* devem as normas da ordem jurídica ser observadas e aplicadas (ponto em que desponta a norma fundamental como solução), a eficácia constitui apenas uma condição para que a ordem jurídica e a norma singular não percam sua validade. Kelsen diferencia a validade e a eficácia da norma jurídica comparando-a com vida de um homem e o seu alimento: embora o homem, para manter-se com vida, deva receber alimento, vida e alimento não se confundem, sendo o segundo apenas a condição da primeira.⁹⁶⁻⁹⁷⁻⁹⁸

⁹³ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 227.

⁹⁴ TREVISAN. op. cit., p. 38.

⁹⁵ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 236.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Nesse mesmo sentido: “Não superficial é também, deve ser acentuado energicamente, que a eficácia do direito não é a sua validade. Que direito ‘vale’, significa que ele *deve* ser cumprido ou aplicado; que ele é eficaz, significa que ele *é* cumprido ou aplicado.” (Cf. KELSEN. O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 90.)

⁹⁸ Kelsen afirma que a positividade do direito consiste exatamente em ele ser condicionado por fatos: “Mas a validade de um ordenamento jurídico, no geral, e de uma norma jurídica, no particular, é condicionada por fatos. Nisso, deve ser observado que esses fatos, como fatos do *ser*, somente são a *condição* da validade, não a validade,

1.2.5. Criação, aplicação e interpretação do direito: a discricionariedade como consequência

No item anterior, analisou-se como a teoria pura do direito solucionou o problema do fundamento de validade da ordem jurídica, considerando os pressupostos teóricos característicos de uma teoria positivista. Agora, passa-se à questão de como a ordem jurídica funciona para Kelsen, isto é, como a teoria pura do direito explica o processo de criação e aplicação do direito, considerando os seus pressupostos teóricos acima explicitados.

Partindo de um conceito de direito positivista, em que a ciência do direito possui um papel meramente descritivo e um método próprio em razão do seu objeto (normas), e em que o direito deve ser separado da moral, vista a justiça como um ideal irracional, pergunta-se como se dá e quais os limites da criação e aplicação do direito em Kelsen, chegando-se, como consequência, à ideia de discricionariedade.

1.2.5.1. *A estrutura escalonada da ordem jurídica: a criação e a aplicação do direito*

Um dos pontos mais conhecidos da teoria kelseniana se apresenta em sua formulação do ordenamento jurídico como uma pirâmide, isto é, uma estrutura escalonada por meio da qual se pode conceber o procedimento de criação e aplicação do direito.

Kelsen percebe que uma das peculiaridades do direito consiste em ele regular a sua criação, visto que a norma jurídica só é válida quando sua criação ocorreu da forma estabelecida por uma outra norma jurídica, que confere o seu fundamento de validade. A norma que regula a produção de outra norma é chamada de norma superior, enquanto a norma produzida segundo àquela é chamada de norma inferior.⁹⁹ Exatamente nisso que Kelsen funda a estrutura da ordem jurídica em diferentes escalões ou camadas dispostos hierarquicamente, na forma de uma pirâmide, que tem a norma fundamental como fundamento último de validade:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma,

que é um dever. Nisto, que a validade do direito é condicionada por esses fatos, consiste a positividade do direito. Quais são, agora, esses fatos? São dois. Um é que o direito tem de, por atos qualificados em modo determinado, ser *fixado* (ius positivum), o outro, que o direito, em um certo grau, ser *eficaz*.” (Cf. KELSEN. O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 86.)

⁹⁹ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 246-247.

cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta.”¹⁰⁰

O escalão mais elevado da ordem jurídica positiva é a Constituição, norma que contém não só a regulação da produção de normas gerais, mas, frequentemente, também contém normas relativas a outras questões politicamente importantes, sendo o catálogo de direitos fundamentais o exemplo mais conhecido.¹⁰¹ Logo abaixo está a legislação, constituída por normas gerais criadas por órgãos legislativos competentes para tanto, conforme a forma e o conteúdo previstos na Constituição. As normas criadas pela via legislativa, portanto, adquirem o seu sentido objetivo por meio da Constituição, que lhes confere validade.¹⁰²

Dessa forma, ao regular a Constituição a forma pela qual a legislação é elaborada, legislar significa, em relação à Constituição, aplicar o direito. Contudo, a lei também é criação do direito, uma vez considerados os regulamentos e outros atos subordinados a ela, assim ocorrendo sucessivamente na estrutura escalonada. O ato que cria uma norma necessariamente está apoiado em outra norma, esta superior na estrutura hierárquica, que assim lhe confere sentido objetivo e, portanto, validade. Esta norma superior é, assim, aplicada no momento da criação da norma inferior. Em outras palavras, “a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito” e “todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.”¹⁰³

A criação da norma inferior pode ser determinada tanto formal quanto materialmente, isto é, a norma superior pode estabelecer tanto o órgão competente ou a forma do procedimento, como também o conteúdo a ser fixado na norma inferior. Tal fixação pode se dar em diferentes graus, mas nunca será tão reduzida que o ato não possa ser considerado, ao mesmo tempo, aplicação e criação de direito.¹⁰⁴ Visto dessa forma, o direito funciona como um processo de individualização ou concretização sempre crescente¹⁰⁵, já que, para chegar finalmente a um ato concreto de execução, a norma geral tem de ser individualizada, num processo em que ocorre tanto aplicação como produção de normas.¹⁰⁶

¹⁰⁰ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 247.

¹⁰¹ Ibid., p. 249.

¹⁰² Ibid., p. 250-251.

¹⁰³ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 260. Disso Kelsen já tratou em 1928. Também relevante que a questão da validade está unida com o sentido subjetivo e objetivo. Para uma análise aprofundada, conferir HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 18, nota 16, e p. 41.

¹⁰⁴ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 261-262.

¹⁰⁵ Ibid., p. 263.

¹⁰⁶ LARENZ. op. cit., p. 105.

Nessa perspectiva, também a decisão judicial será um ato de aplicação e de criação do direito, isto é, também possui um caráter constitutivo. Ao mesmo tempo em que os tribunais têm a função de aplicar as normas jurídicas gerais, verificando a presença dos pressupostos fáticos previstos pela norma superior, também estabelecem *ex novo* uma norma específica ao caso concreto, chamada norma individual, estatuinto uma sanção que só é criada por meio da decisão judicial. Antes da decisão, a norma individual não existia, sendo ela, portanto, uma continuação do processo de criação de direito.¹⁰⁷

Isso não significa dizer que o tribunal exerce uma típica função legislativa ao fixar a norma individual. Como visto acima, a legislação cria normas jurídicas gerais; o tribunal, diferentemente, tem “competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si”. E isso se mantém ainda que o sistema jurídico dê ao tribunal, excepcionalmente, o poder de produzir uma norma cujo conteúdo não possa ser reconduzido a outra norma jurídica geral, quando não for encontrada nenhuma norma geral adequada para a decisão.¹⁰⁸

Disso se conclui que a teoria de Kelsen vai de encontro à, por ele nomeada, “jurisprudência tradicional”¹⁰⁹, que concebe a decisão judicial como um ato meramente declaratório do conteúdo previsto na norma geral, isto é, que entende que a lei, ao ser aplicada ao caso concreto, oferece *uma única* alternativa de decisão, pelo que a correção da decisão se funda imediatamente na lei.¹¹⁰ Para tal concepção, ao contrário da função do legislador, que é uma função de vontade, a função do juiz é concebida como de *conhecimento* do Direito. Nesse contexto, o juiz precisa meramente “encontrar” ou “descobrir” o direito válido e aplicá-lo na sentença, com base em um procedimento exclusivamente racional.¹¹¹

Contudo, se para Kelsen há também criação de direito pelo juiz, é porque para ele existe um espaço de abertura transitável no processo de criação da norma individual; caso contrário, a decisão seria um ato de pura aplicação do direito contido na norma superior, como previa a jurisprudência tradicional. Diferentemente, a decisão judicial é também criação e, mais

¹⁰⁷ KELSEN. Teoria pura do direito. op. cit., p. 264-266.

¹⁰⁸ Ibid., p. 271. Quanto ao ponto: “Mas também é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante privado ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado mas, no caso de ter por injusta ou não equitativa, quer dizer, como não satisfatória a ausência de uma tal norma geral, dar provimento à demanda ou condenar o acusado.” (Cf. KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 271.)

¹⁰⁹ Jurisprudência, aqui, significa ciência do direito.

¹¹⁰ LARENZ. op. cit., p. 106.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 311-313.

especificamente, individualização das normas gerais, exatamente pelo fato de que um caso concreto não pode ser decidido somente pelo que prevê a norma jurídica geral.¹¹² Kelsen argumenta, para tanto, que nunca uma norma geral poderá predeterminar completamente a fixação de normas jurídicas individuais pelos órgãos aplicadores do direito, haja vista estar expressa em idioma humano, permitindo sempre interpretações distintas.¹¹³ Em sentido semelhante, sustenta que a norma geral não pode prever ou predeterminar todos os elementos que podem vir a surgir e adquirir relevância em um caso concreto, o que depende, portanto, de uma atuação complementar do julgador.¹¹⁴ Em outras palavras, a norma geral não consegue vincular em todas as direções e sob todos os aspectos o ato pelo qual é aplicada, muito por conta da ambiguidade e vagueza linguística do próprio enunciado, mas também porque frequentemente o caso concreto apresenta circunstâncias que a norma não previu e nem sequer poderia prever.¹¹⁵

Assim, ao contrário do que entendia a jurisprudência tradicional, o decidir requer mais do que uma dedução ou uma subsunção logicamente não controvertidos da norma geral, devendo o órgão aplicador necessariamente determinar elementos que ainda não se encontram predeterminados naquela, do que se conclui que há efetivamente uma criação de direito no procedimento de fixação da norma jurídica individual pelo julgador.¹¹⁶

Ocorre que, entendendo a decisão como um processo de criação e não mera aplicação do direito, e se há uma atuação constitutiva do aplicador do direito ao dar a decisão judicial, pergunta-se como se dá o processo criativo na determinação da norma jurídica individual, isto é, como o aplicador do direito deve fixar a norma jurídica individual na sua decisão, e se existem limites para tanto. De tal pergunta decorre a ideia de Kelsen da chamada “discrecionabilidade na aplicação do direito”, a qual, como se verá, é resultado direto dos pressupostos teóricos adotados pela teoria pura do direito.

1.2.5.2. *A discrecionabilidade na aplicação do direito*

A ideia de discrecionabilidade está imbricada no que Kelsen entende por *interpretação*. Para o autor, interpretação é a “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”.

¹¹² KELSEN. Teoria Geral das Normas. op. cit., p. 286.

¹¹³ KELSEN. O que é positivismo jurídico? op. cit., p. 93.

¹¹⁴ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 272.

¹¹⁵ Ibid., p. 388.

¹¹⁶ LARENZ. op. cit., p. 107.

Assim, o processo de interpretação é caracterizado como uma atividade científica, de descrição, capaz de gerar conhecimento do Direito propriamente dito.¹¹⁷

A interpretação está contida no ato de aplicação do direito, pois este depende, antes de tudo, da fixação do sentido da norma a ser aplicada; há a necessidade, portanto, de compreender o que a norma pretende, o que se dá pela interpretação. Tal ocorre pelo legislador ao aplicar a Constituição, pelo juiz ao aplicar a lei, pelos indivíduos que desejam cumprir o que é determinado pela norma, e também pelo cientista do direito, que pretende apenas descrevê-la.¹¹⁸

No processo de aplicação do direito, como visto, a norma geral, superior, não consegue vincular o ato de aplicação em sua totalidade. É possível concluir, a partir disso, que todo o ato jurídico é, em parte, determinado pelo direito positivo e, em parte, indeterminado. Tal indeterminação pode ser intencional, quando a norma geral prevê uma autorização para a autoridade aplicadora de decidir dentro de certos limites, ou ainda pode ser consequência não-intencional, principalmente em razão da pluralidade de significações que podem ser compreendidas por uma palavra ou uma frase expressa pela norma, isto é, por conta da não-univocidade do sentido da norma.¹¹⁹

Em ambos os casos de indeterminação, são vislumbradas várias possibilidades de aplicação da norma. Exatamente por conta disso, a norma jurídica geral pode ser vista apenas uma moldura, um quadro, dentro do qual existem várias possibilidades de aplicação, e no qual há de ser produzida a norma jurídica individual pelo aplicador do direito.¹²⁰ Tal moldura será mais larga ou mais estreita a depender do que está previsto na norma geral: se esta contém apenas uma atribuição de competência, será mais larga, se contém determinações específicas quanto ao conteúdo, mais estreita.¹²¹

Nesse contexto, considerando que, faticamente, existem várias possibilidades de compreensão da norma geral, e sendo a interpretação uma atividade científica descritiva, o seu resultado pode ser unicamente a fixação de tal moldura, ou seja, ela apenas oferece o *conhecimento* das várias possibilidades de aplicação da norma geral. Dito de outra forma, a tarefa da interpretação, por ser esta compreendida como uma atividade científica – e, assim, de acordo com pressuposto teórico positivista, ter uma função meramente descritiva –, limita-se

¹¹⁷ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 390.

¹¹⁸ Ibid., p. 387-388.

¹¹⁹ Ibid., p. 389.

¹²⁰ Ibid., p. 390.

¹²¹ Ibid., p. 272.

ao conhecimento das várias soluções de compreensão da norma geral, ou seja, à fixação da moldura a ser preenchida pelo aplicador.¹²²

Conclui-se, com isso, que a *interpretação* da lei, assim entendida, não conduz necessariamente a uma única solução como sendo a única correta. O mero ato de conhecimento e compreensão da norma geral não é capaz de indicar apenas uma solução como necessária, mas sim várias soluções possíveis. Nesse sentido, Kelsen elenca diversos métodos diversos de interpretação que frequentemente levam a direções distintas e oferecem normas individuais diferentes e possíveis, mas que, para fins de interpretação, têm todas igual valor, sendo todas conforme o direito. Nesse sentido, dizer que uma sentença judicial é conforme o direito “não significa que é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”.¹²³

Com isso, a teoria de Kelsen se distingue da jurisprudência tradicional, que entendia que a *interpretação* da lei, como um ato intelectual de compreensão, “deveria envolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada”, que poderia então fornecer *uma única* solução correta em todas as hipóteses, apenas com base na norma geral.¹²⁴

Justificando tal contrariedade, Kelsen afirma que “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”.¹²⁵ Isso porque, de um ponto de vista orientado ao Direito positivo, não há nenhum critério segundo o qual se possa preferir uma a outra, dentre as possibilidades oferecidas no quadro da norma aplicável.¹²⁶

Todavia, diante desse contexto, surge o questionamento: se a interpretação não é capaz de fornecer a resposta para a determinação da norma, mas apenas indicar várias soluções possíveis, como pode o aplicador do direito e, mais especificamente, o juiz, fixar a norma individual correta para o caso concreto? Kelsen responderia afirmando que a questão de saber qual das possibilidades é a correta não é uma questão de conhecimento do Direito positivo, isto é, não é um problema teórico, mas sim um problema de política do Direito. E isso porque não há nenhum critério ou medida que seja aferível da compreensão do direito positivo que possa determinar apenas um resultado da interpretação como correto.¹²⁷

¹²² KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 390.

¹²³ Ibid., p. 390-391.

¹²⁴ Ibid., p. 391.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ LARENZ. op. cit., p. 106.

¹²⁷ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 393.

A atividade científica existe, assim, até a fixação da moldura, com o conhecimento das soluções possíveis, mas não vai além disso. O direito nada diz sobre a produção da norma a partir da moldura conferida pela norma superior.¹²⁸ Toda tentativa de tentar indicar uma das alternativas como a única correta significaria impor ao direito positivo um ideal moral ou político, isto é, mascarar um juízo de valor como se ato de conhecimento fosse, o que não é aceito para a teoria pura do direito. Tal teoria, como visto, adere aos pressupostos teóricos próprios do juspositivismo filosófico, quais sejam, o ideal científico avalorativo e o relativismo moral. A partir destes pressupostos, a ciência do direito, que só se orienta pelo valor da verdade, deve distinguir-se rigorosamente da política jurídica, que, como conformação intencional da ordem social, se dirige à realização de outros valores, especialmente da justiça.¹²⁹

Dessa forma, se a solução para a indeterminação do direito não resulta do próprio direito positivo – este, como visto, aceita diversas soluções possíveis de concretização –, e não havendo qualquer critério ou método que possa guiar o aplicador na definição da norma a ser criada, cabe a este efetuar uma *escolha* entre as possibilidades reveladas pela interpretação de forma totalmente livre, segundo o seu *livre poder discricionário* (*freies Ermessen*). Nessa escolha, têm incidência juízos de valor que levam em consideração normas morais e de justiça, os quais, todavia, são alheios ao direito positivo, constituindo o resultado do ato de vontade do aplicador. Disso decorre que, na aplicação do direito, a interpretação cognoscitiva, obtida por uma operação de conhecimento, é combinada com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha de uma das possibilidades reveladas pela interpretação. E por conta disso que a aplicação do direito por um órgão jurídico é autêntica, isto é, cria direito.¹³⁰

Com isso Kelsen reconhece que, constatada a indeterminação do direito como uma característica que lhe é inerente, mostra-se inevitável a incidência de elementos valorativos, como normas morais e ideais de justiça, no processo de aplicação do direito. Ocorre que, para Kelsen, tais elementos são externos ao direito positivo, razão pela qual sua incidência no procedimento só pode se dar de uma forma livre, dentro da moldura fixada pela interpretação, sendo o chamado *poder discricionário*. Kelsen não poderia admitir que a escolha entre uma das hipóteses se desse mediante um método ou critério racional, já que se trata de uma escolha de alternativas que abarcam concepções valorativas distintas, o que se caracteriza como um típico juízo de valor, que é visto como algo injustificável e irracional para o ideal científico do positivismo filosófico.

¹²⁸ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 393.

¹²⁹ LARENZ. op. cit., p. 106-107.

¹³⁰ KELSEN. Teoria Pura do Direito. op. cit., p. 393-394.

A ideia de discricionariedade na aplicação do direito é, portanto, consequência dos pressupostos teóricos da teoria pura do direito, que põem a escolha de uma das alternativas advindas da interpretação ao lado da ciência, isto é, que não consideram a escolha feita pelo aplicador como algo racional. Dito de outro modo, a discricionariedade é consequência lógica de uma concepção positivista que não admite a justificação racional de um juízo de valor. Tudo que vai além da mera descrição da norma e, assim, que possa envolver questões morais e de justiça, coloca-se ao lado da ciência e, assim, do conhecimento do direito positivo. A escolha envolve elementos externos ao direito e que passam a ser considerados direito somente a partir do ato de vontade, de um “querer” do aplicador do direito, restando a este, portanto, a autorização de escolher.

É de se reconhecer que, com a ideia da discricionariedade, Kelsen pretendia levar às claras o fato de que entender a aplicação do direito como mero procedimento dedutivo traz consigo o perigo de que juízos de valor subjetivos do aplicador sejam mascarados como resultado da ciência do direito, esta que deveria ser apenas descritiva e livre de valores (significando que a norma deve ser apenas descrita, e não aprovada ou condenada). Com isso, pretendia-se evitar que a ciência fosse utilizada “como capa de opiniões puramente pessoais e de tendências ideológicas”.¹³¹

Ainda, cabe assumir que, enquanto se mantiver a opinião de que juízos de valor, estes reconhecidamente intrínsecos à atividade de aplicação do direito, não podem ser adequadamente obtidos por meio de atos cognitivos, isto é, que não podem ser justificados de uma forma racional, a resposta apontada por Kelsen com a ideia de discricionariedade se mostra inevitável.¹³²

¹³¹ LARENZ. op. cit., p. 107.

¹³² Ibid., p. 108-109.

Capítulo 2 – O não-positivismo jurídico de Robert Alexy e a proposta de superação da discricionariedade na aplicação do direito

A ideia da discricionariedade na aplicação do direito de Hans Kelsen pode ser observada como um reflexo ou consequência do seu conceito de direito, sendo ambos influenciados diretamente pelos pressupostos teóricos próprios do juspositivismo filosófico, quais sejam, o ideal científico livre de valores e o relativismo moral. Desses pressupostos, sobrevém um conceito de direito que considera apenas dois elementos de definição: o da decretação de acordo com a ordem e o da eficácia social. Isso significa que uma correção quanto ao conteúdo não tem importância para definir o direito e não pode ser considerada no ato de aplicação do direito, já que, para Kelsen, tal conduziria à pressuposição de um valor moral absoluto, ou à opinião de que juízos de valor podem ser obtidos por meio de atos cognitivos, o que é, para este autor, algo insolúvel para o conhecimento humano.¹³³

O conceito de direito de Kelsen é, portanto, resultado da ideia de que o direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais, chamada de *tese da separação*. Nesse contexto, toda e qualquer proposta de superação do positivismo jurídico e, mais especificamente, da ideia de discricionariedade na aplicação do direito, precisará começar pela demonstração de que, ao contrário, o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais, o que é sustentado pela chamada *tese da vinculação*. Isso remete, por sua vez, a um conceito de direito não-positivista, que *adiciona* a ideia de correção aos dois elementos de definição do positivismo jurídico.¹³⁴ A questão decisiva não é, portanto, se o direito deve ser definido ou *apenas* pela eficácia social e pela decretação de acordo com a ordem, ou *apenas* pela correção moral, mas, ao contrário, se a eficácia social e a decretação de acordo com a ordem devem ser *unidas* ou não com a correção moral.¹³⁵

A proposta de Robert Alexy para a superação do positivismo e, da mesma forma, para a superação da discricionariedade na aplicação do direito, parte, portanto, de um conceito de direito não-positivista, em que a união entre direito e moral encontra seu fundamento mais importante na ideia de pretensão de correção (*Anspruch auf Richtigkeit*).¹³⁶ De acordo com Alexy, tal superação depende da tese de que o direito promove, necessariamente, uma pretensão

¹³³ Cf. Capítulo 1 *supra*.

¹³⁴ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 4.

¹³⁵ ALEXY, Robert. Direito e Moral. op. cit., p. 117.

¹³⁶ TREVISAN. op. cit., p. 71.

de correção.¹³⁷ Mais além, a superação da discricionariedade na aplicação do direito pressupõe que o juízo de valor que funda a escolha do aplicador do direito entre uma das interpretações possíveis da norma pode ser considerado como racional e pode, assim, ser objeto da ciência jurídica.

Na análise do capítulo anterior, concluiu-se que Kelsen, por conta dos pressupostos teóricos por ele adotados, rejeita tal possibilidade, limitando a tarefa da ciência do direito à mera descrição, livre de valores, do direito vigente e, assim, limitando a interpretação jurídica à fixação da “moldura” da norma, dentro da qual o juiz é livre para escolher entre as alternativas interpretativas possíveis, a partir de seu poder discricionário. Alexy, como se verá, sustenta que juízos de valor podem ser cientificamente considerados, ao trazer para o direito a ideia de que tais juízos são suscetíveis de uma fundamentação racional, o que leva necessariamente a um procedimento guiado por regras, que são objeto de uma teoria do discurso racional e, mais além, de uma teoria da argumentação jurídica.¹³⁸⁻¹³⁹

2.1. A teoria do direito não-positivista de Robert Alexy

2.1.1. O autor

Robert Alexy nasceu em 9 de setembro de 1945, na cidade de Oldenburg, na Alemanha, tendo, no ano de 1968, iniciado os seus estudos de Ciência do Direito e Filosofia na Universidade Georg-August, em Göttingen. Após o primeiro exame estatal jurídico, ele trabalhou, de 1973 a 1976, em sua dissertação denominada “Teoria da Argumentação Jurídica”, que lhe deu o título de Doutor em Direito. Em seguida, iniciou o serviço de preparação jurídica, concluído com a realização do segundo exame estatal jurídico, em 1978.¹⁴⁰

Já em 1978, Alexy passa a trabalhar como assistente de Ralf Dreier na cátedra de Teoria do Direito Geral da Faculdade de Direito de Göttingen, até que, em 1984, habilitou-se na mesma faculdade para as disciplinas de Direito Público e Filosofia do Direito, com o escrito chamado “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Após recusar um chamamento da Universidade de

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão*. in: *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20.

¹³⁸ TREVISAN. *op. cit.*, p. 75.

¹³⁹ ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*. *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁰ HECK, Luís Afonso. Nota do tradutor. in: ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 7.

Regensburg, em 1986, aceitou o chamamento da Universidade Christian-Albrechts, em Kiel, onde passou a lecionar.¹⁴¹

Em 1992, Alexy lança a sua terceira grande obra denominada “Conceito e Validade do Direito”. De 1994 a 1998, foi presidente da Seção Alemã da Associação Internacional para Filosofia do Direito e Filosofia Social. Em 2002, passou a ser membro ordinário da Academia das Ciências e Humanidades da Universidade de Göttingen. Desde 2008, as Universidades de Alicante, Buenos Aires, Tucumán, Antwerp, San Marcos em Lima, Praga, Coimbra, Porto Alegre, Belo Horizonte, Chapecó, Rio de Janeiro e Bogotá lhe concederam o título de Doutor Honoris Causa. Em 2010, obteve a Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha.¹⁴²

Feita uma síntese da vida e obra de Robert Alexy, seguir-se-á com a análise de sua teoria, em especial o seu conceito de direito não-positivista e a ideia de sua teoria do discurso racional, como proposta de superação do modelo positivista e da ideia de discricionariedade na aplicação do direito.

2.1.2. O conceito de direito não-positivista

A polêmica entre o positivismo e o não-positivismo é discutida, na maioria das vezes, como um problema da conexão entre direito e moral. Viu-se que o positivismo de Kelsen, em razão de seus pressupostos, pretende a total exclusão da ideia de justiça ou correção moral do conceito de direito e, assim, sua desconsideração para a aferição da validade do direito positivo, ou para guiar a interpretação jurídica feita ciência do direito. Diferentemente, o não-positivismo sustenta a existência de uma conexão entre direito e moral.

Segundo Alexy, existem dois tipos diferentes de conexão entre direito e moral: uma classificadora e outra qualificadora. Quem, de um lado, sustenta a existência de uma conexão *classificadora* entre direito e moral, afirma que “normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, não são normas jurídicas nem sistemas jurídicos”. Quem, de outro lado, sustenta a existência de uma conexão meramente *qualificadora* entre direito moral, afirma que “normas que não satisfazem determinado critério moral, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, [...] juridicamente defeituosos”.¹⁴³

¹⁴¹ HECK. Nota do tradutor. op. cit., p. 7.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 31.

Outra distinção importante para compreensão do não-positivismo diz respeito à perspectiva do participante e a perspectiva do observador. A *perspectiva do participante* equivale a um ponto de vista interno do direito, e é própria de quem participa de uma discussão sobre o que é ordenado, proibido, permitido e autorizado no sistema jurídico. No centro dessa perspectiva está o juiz. A *perspectiva do observador* é adotada por aquele que se limita a questionar como de fato se decide em determinado sistema jurídico.¹⁴⁴

Alexy admite que, a partir da perspectiva do observador, a tese positivista da separação é, em sua essência, correta. Todavia, partindo-se da perspectiva de um participante – como, por exemplo, de um juiz –, o autor entende que a tese da separação é inadequada, enquanto a da vinculação é correta, levando-o a adotar um conceito de direito *não-positivista* e a sustentar uma conexão *classificadora* entre direito e moral. Para justificar tal adoção, Alexy oferece três argumentos, a serem tomados como base para o seu conceito de direito: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.¹⁴⁵

2.1.2.1. O argumento da correção

O *argumento da correção*, que constitui a base para os argumentos da injustiça e o dos princípios, sendo o cerne do conceito de direito de Alexy, consiste na afirmação de que “tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção”.¹⁴⁶ Em outras palavras, segundo tal argumento, o direito promove necessariamente uma pretensão de correção.¹⁴⁷

Alexy demonstra tal afirmação com dois exemplos. No primeiro, trata-se de um dispositivo constitucional absurdo, que define um determinado Estado como uma “república soberana, federal e injusta”. No segundo exemplo, um juiz profere uma sentença condenando o réu à prisão perpétua, admitindo ser tal condenação decorrência de uma interpretação errônea da norma vigente. Segundo o autor, o defeito existente no dispositivo constitucional e na sentença em questão não é meramente técnico, moral, ou convencional, mas sim *conceitual*. Isso decorre da constatação de que tanto ao ato de legislação constitucional, quanto ao ato de aplicação do direito, está necessariamente vinculada uma pretensão de correção, sendo,

¹⁴⁴ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 30.

¹⁴⁵ Ibid., p. 34-43.

¹⁴⁶ Ibid., p. 43.

¹⁴⁷ TREVISAN. op. cit., p. 71.

portanto, *conceitualmente* equivocados os enunciados jurídicos que proclamam uma injustiça ou que resultam de uma aplicação sabidamente incorreta do direito positivo.¹⁴⁸

A ideia de pretensão de correção, na teoria de Alexy, tem como base o célebre conceito de direito de Immanuel Kant, assim definido: “O direito é, portanto, a totalidade de condições sob as quais a arbitrariedade do outro pode ser unida em conjunto segundo uma lei geral de liberdade.”¹⁴⁹ Para bem compreender tal conceito, Alexy adota a interpretação de Ralf Dreier, na qual a ideia de “totalidade de condições” nele presente é entendida como “a totalidade das leis exteriores”, isto é, leis que regulam o uso exterior da liberdade. Para tal interpretação, independe se tais leis valem em virtude de dação de leis interior ou exterior¹⁵⁰, concluindo-se que tal conceito abarca tanto o direito natural (que se fundamenta nos princípios da razão, dados *a priori*), quanto o direito positivo (que provém da vontade do legislador).¹⁵¹

O abarcamento contido no conceito de direito kantiano leva, em último termo, a uma relação de tensão entre a segurança jurídica (direito positivo) e a justiça (direito natural).¹⁵² Todavia, o conceito de direito é uma “ideia”, o que é compreendido, segundo Kant, como algo que visa à perfeição. No direito perfeito, a justiça e a segurança jurídica estão unidas, ambas em uma medida tão alta quanto possível, porque a *ideia* do direito é algo que exige a realização ótima ou perfeita de ambas.¹⁵³

Entre o direito perfeito e o direito real há uma discrepância que é inerente à natureza das ideias, as quais só aproximativamente podem ser realizadas. Todavia, essa aproximação à perfeição, que é visada pelo direito real, corresponde à pretensão de correção, na qual a pretensão de justiça está incluída. Daí decorre que, partindo-se de um conceito kantiano de

¹⁴⁸ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 44-47.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiano. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140.

¹⁵⁰ Sobre a diferença entre lei interior e exterior: “Leis interiores, como leis que exigem um atuar do dever, são leis da virtude. Elas regulam o uso interior da liberdade. Exige a lei, pelo contrário, somente a efetivação de uma atuação determinada, indiferente desde qual motivação, então ela é uma lei exterior. Leis exteriores regulam o uso exterior da liberdade. Também leis exteriores estatuem deveres. Esses deveres são, porém, ‘somente deveres exteriores’. Eles limitam-se a isto, exigir ‘a mera concordância... de uma atuação com a lei sem consideração à mola propulsora da mesma’, o que Kant denomina legalidade. [...] Direito limita-se à conduta conforme o seu dever, a ética exige, mais além, atuar do dever.” (Cf. ALEXY. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiano. op. cit., p. 141.)

¹⁵¹ Sobre o ponto: “Sempre quando se trata de leis interiores, pode a dação de leis somente ser uma interior. [...] Do lado do direito são, pelo contrário, possíveis ambas as combinações e sobre isso descansa todo o sistema da filosofia do direito de Kant. Tem a dação de leis interior, portanto, a dação de leis pela razão prática pura, leis exteriores como objeto, então é aquilo que é criado, como Kant, em ligação com o uso do idioma transmitido, o denomina, o ‘direito natural’. [...] Direito positivo nasce, pelo contrário, na quarta combinação, portanto, então, quando leis exteriores são criadas por dação de leis exterior, sob o que Kant entende, sobretudo, a dação de leis estatal.” (Cf. ALEXY. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiano. op. cit., p. 141-142.)

¹⁵² ALEXY. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiano. op. cit., p. 148.

¹⁵³ Ibid. p. 150-151.

direito, um sistema normativo que não promove uma pretensão de correção não é um sistema jurídico. Dito de outro modo, para ser “direito”, um sistema jurídico deve necessariamente visar à correção moral ou à justiça.¹⁵⁴

Contudo, Alexy adverte que, com isso, ainda não se comprova a tese da vinculação ou a existência de uma conexão *classificadora* entre direito e moral, própria do conceito de direito não-positivista. O positivista poderia concordar com o argumento da correção e, ainda assim, insistir na tese da separação, a partir de dois contra-argumentos.

O primeiro contra-argumento sustenta que o não cumprimento da pretensão à correção não leva necessariamente à perda da qualidade jurídica, pois tal pretensão fundamentaria apenas uma conexão *qualificadora* entre direito e moral, mas não *classificadora*. O segundo contra-argumento afirma que a pretensão à correção não inclui implicações morais, não levando a uma conexão necessária entre direito e moral. A primeira objeção conduz ao argumento da injustiça, a segunda, ao argumento dos princípios.¹⁵⁵

2.1.2.2. *O argumento da injustiça*

De acordo com o *argumento da injustiça*, as normas jurídicas “perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça [...] é transposto”¹⁵⁶. Tal argumento encontra sua mais precisa expressão na conhecida fórmula de Radbruch, assim sentenciada:

“O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça.”¹⁵⁷

Assim, segundo o argumento da injustiça, o caráter jurídico não é perdido com base em uma simples injustiça, mas sim com base em uma injustiça em grau extremo. Tal exigência pretende se possa considerar superado, no caso concreto, o princípio da segurança jurídica, que sustenta a norma positiva. Alexy chama tal argumento de “tese fraca da vinculação”.¹⁵⁸ Ao

¹⁵⁴ ALEXY. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana. op. cit., p. 150-151.

¹⁵⁵ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 47-48.

¹⁵⁶ Ibid., p. 48.

¹⁵⁷ RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: idem. Rechtsphilosophie. 8ª Aufl. Stuttgart. in: ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 34.

¹⁵⁸ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 57-58.

argumento da injustiça foram opostas diversas críticas¹⁵⁹, dentre as quais merecem destaque duas: o argumento da segurança jurídica e o argumento do relativismo.

O argumento da segurança jurídica sustenta que o conceito de direito não-positivista, ao incluir a moral na verificação do caráter jurídico das normas, põe em risco a segurança jurídica. Alexy contrapõe tal objeção observando que ela ataca tão somente os modelos de não-positivismo que aderem à “tese forte da vinculação”, a qual defende a ideia de que toda e qualquer injustiça levaria à perda da qualidade jurídica da norma. Para o autor, como visto, a fórmula de Radbruch corresponde à “tese fraca da vinculação”, a partir da qual a perda da qualidade jurídica somente se justifica em casos de injustiça extrema, isto é, apenas quando é possível justificá-la com base em uma fundamentação racional.¹⁶⁰ Aqui, pela primeira vez, aparece a ideia de fundamentação como critério para a verificação da injustiça de determinada norma positiva.

Alexy reconhece que, mesmo adotando a tese fraca da vinculação, é possível falar em uma perda ou um dano de segurança jurídica, ainda que mínimo. Em contrapartida, o autor atenta para o fato de que a segurança jurídica, embora seja um valor a ser considerado, não é único nem absoluto, e deve ser ponderado com o da justiça material.¹⁶¹ Aqui, pela primeira vez, aparece a ideia de ponderação como forma de avaliação da prevalência de valores contrapostos em um determinado caso concreto.

O argumento do relativismo, por sua vez, complementa o argumento da segurança jurídica ao afirmar que todo o julgamento acerca da justiça, incluídos aqueles sobre injustiça extrema, são insuscetíveis de uma fundamentação racional ou de uma cognição objetiva.¹⁶² Viu-se que tal argumento representa um dos pressupostos do positivismo filosófico e, por sua vez, da teoria pura do direito de Hans Kelsen, constituindo um ponto-chave para a compreensão dos fundamentos do positivismo jurídico e, ao fim e ao cabo, da ideia de discricionariedade na aplicação do direito, analisada no presente trabalho.¹⁶³

Alexy reconhece que, se o argumento do relativismo estiver correto, a inclusão da moral no conceito do direito significaria “apenas a possibilidade para o juiz, de decidir contra a lei nos casos em que suas preferências subjetivas estiverem envolvidas de modo especialmente

¹⁵⁹ Para a análise de cada uma das críticas, conferir ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*. op. cit., p. 49 e seguintes.

¹⁶⁰ ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*. op. cit., p. 62-63.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Conferir item “1.2.5.2.” *supra*.

intenso”.¹⁶⁴ Dessa forma, o argumento do relativismo e, por sua vez, a disputa entre o positivismo e não-positivismo, remetem ao “problema metaético da fundamentabilidade de julgamentos morais”.¹⁶⁵ Tal problema, cuja resposta negativa de Kelsen se coloca como o fundamento de sua teoria do direito, encontra uma proposta de solução dada pela teoria do discurso e, mais além, pela teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que serão analisadas mais adiante.¹⁶⁶

2.1.2.3. *O argumento dos princípios*

Ao formular o *argumento dos princípios*, Alexy parte da teoria de Herbert Hart para afirmar que “todo o direito positivo tem uma estrutura aberta (*open texture*)”. A textura aberta do direito é explicada por várias razões, dentre as quais estão o caráter vago da linguagem jurídica, a contradição e lacuna normativas, bem como a possibilidade de se decidir contra o enunciado da norma em determinados casos.¹⁶⁷

De acordo com o juspositivismo, os casos que se encontram dentro desse âmbito de abertura do direito não podem ser decididos com base no direito positivo, pelo que toda e qualquer decisão desse tipo decorre de critérios extrajurídicos. O juiz, nesse âmbito, está autorizado pelo sistema jurídico a criar direito novo da mesma forma que o legislador.¹⁶⁸ É nesse espaço que entraria o *poder discricionário* do aplicador do direito, consequência dos pressupostos do positivismo filosófico e jurídico, como visto anteriormente na teoria de Kelsen.¹⁶⁹

Em oposição a isso, o argumento dos princípios sustenta que, também no âmbito de abertura do direito positivo, o juiz está juridicamente vinculado, o que cria uma vinculação necessária entre direito e moral. Tal argumento tem por base, por um lado, a ideia de que todo o sistema jurídico minimamente desenvolvido deve conter princípios, e por outro, a distinção entre regras e princípios, sendo esta que merece maior destaque.

Tanto regras como princípios podem ser concebidos como normas. A diferença reside na constatação de que as regras prescrevem uma consequência jurídica definitiva e se aplicam pela subsunção, isto é, sempre podem ser ou cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale e

¹⁶⁴ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 64.

¹⁶⁵ Ibid., p. 66.

¹⁶⁶ Conferir item “2.2.” *infra*.

¹⁶⁷ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 83-84.

¹⁶⁸ Ibid., p. 84.

¹⁶⁹ Conferir item “1.2.5.2.” *supra*.

é aplicável a determinado caso, então é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, nem mais e nem menos. Sua aplicação é *tudo-ou-nada*. Os princípios, diferentemente, são *mandamentos de otimização*, isto é, são “normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”. Isso significa que eles podem ser cumpridos em diferentes graus e seu cumprimento depende tanto das possibilidades fáticas do caso concreto, como também das possibilidades jurídicas, a serem verificadas não só pelo conjunto de regras que envolvem o caso, mas principalmente por princípios em sentido contrário também aplicáveis, o que vai ser decidido a partir do método da ponderação. Este método tem vez, portanto, quando existem princípios ou valores opostos entre si que, embora isoladamente constituam boas razões para uma decisão, veem-se contrapostas a razões contrárias que exigem uma decisão diversa, levando a um conflito que deve ser solucionado pela ponderação.¹⁷⁰⁻¹⁷¹⁻¹⁷²

Cada colisão de princípios pode ser apresentada como uma colisão de valores. A diferença entre tais colisões, para Alexy, consiste que, na colisão de princípios, trata-se do que é definitivamente *devido* em determinado caso, enquanto a solução de uma colisão de valores procura responder o que é definitivamente *melhor* em determinado caso. Princípios e valores, assim, possuem um mesmo conteúdo, mas os primeiros apresentam-no em trajes deontológicos, enquanto os segundos, em axiológicos.¹⁷³⁻¹⁷⁴

¹⁷⁰ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 84-85.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico e Razão Prática, in: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 164-165.

¹⁷² Para uma análise aprofundada, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 117-146.

¹⁷³ ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. op. cit., p. 166.

¹⁷⁴ A ideia de que princípios e valores possuem o mesmo conteúdo pressupõe um determinado entendimento do que seja um “valor”. Sobre a questão do valor, Alexy propõe uma distinção essencial entre dizer que algo *tem* um valor e que algo *é* um valor. Quem diz que algo *tem* um valor expressa um juízo de valor e realiza uma valoração. Os juízos de valor podem ser divididos em três grupos de conceitos de valor: classificatórios, comparativos e métricos. Os conceitos de valor *classificatórios* se limitam à catalogação de objetos valorados entre os que têm um valor positivo, os que têm um valor negativo e os que têm um valor neutro. Os *comparativos* são utilizados quando se comparam dois objetos e se diz que um tem valor superior ou mesmo valor que outro. Por fim, o conceito de valor *métrico* é utilizado quando ao objeto a ser valorado é atribuído um número que indica um valor. Contudo, quando alguém diz que algo *é* um valor, precisa-se distinguir entre o *objeto* e os *critérios* de uma valoração. Os critérios de valoração são de muitos tipos. Um automóvel, por exemplo, pode ser valorado segundo critérios de velocidade, segurança, comodidade, preço, economia e beleza. Não se pode dizer que o automóvel (nem, tampouco, uma situação de regulação jurídica) é um valor em si mesmo, posto que, enquanto *objeto* de valoração, ele terá um valor a depender dos critérios em colisão com os quais é valorado. Assim, não são os objetos, mas os *critérios de valoração* que devem ser denominados como “valor”. As valorações podem se basear em um ou vários critérios de valoração. Os critérios de valoração podem entrar em colisão e, para chegar a uma “valoração total”, há que se estabelecer entre eles uma relação. Assim, para Alexy, a aplicação de critérios de valoração também deve ser ponderada e corresponde, portanto, à aplicação de princípios, o que explica a ideia de equivalência de conteúdo de princípios e valores em sua teoria. Sobre o ponto, cf. ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. op. cit., p. 120-124, e HECK, Luís Afonso. O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen. in: Idem. *Direito Positivo*

Alexy assevera que os princípios integram o sistema jurídico exatamente porque a sentença judicial formula necessariamente uma pretensão à correção. Com efeito, à pretensão à correção corresponde o dever jurídico do juiz de cumpri-la também nos casos duvidosos, o que é feito a partir do método da ponderação. Assim, o juiz, ao decidir, levará em consideração princípios ou valores integrantes de uma moral, que acabam, em razão da pretensão à correção, a pertencer simultaneamente também ao direito, sendo considerados critérios jurídicos.¹⁷⁵ Isso significa que, contrariando a conclusão positivista de que o juiz, nos casos duvidosos, decide com base em critérios extrajurídicos – podendo a decisão ser baseada em princípios morais, mas que não estão incluídos no direito –, para o não-positivismo de Alexy, no âmbito de abertura do direito positivo, também se decide com base no direito, ainda que não da mesma maneira.

O ponto crucial da distinção consiste no fato de os princípios terem a “dupla propriedade de pertencer ao mesmo tempo à moral e ao direito”, o que faz com que, ao mesmo tempo em que o juiz, quanto ao *conteúdo*, decide com base em razões morais, quanto à *forma*, decide com base em razões jurídicas. Tem-se, portanto, a conexão entre o direito e a moral. O elo de ligação, no caso, é a pretensão à correção, que exige do juiz que o mesmo utilize de princípios e do método da ponderação para decidir da maneira mais correta.¹⁷⁶

Mais além, o argumento dos princípios leva não só a uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer, mas sim a uma moral correta. Isso se justifica porque a pretensão à correção, ao exigir do juiz uma decisão correta, implica necessariamente uma *pretensão de fundamentabilidade*. Assim, se o juiz, nos casos duvidosos, utiliza razões morais em sua decisão (também jurídicas em sua forma), a pretensão de fundamentabilidade alcança não só as razões estritamente jurídicas, mas também as razões morais, devendo a sentença ser fundamentável também no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta.¹⁷⁷ Em outras palavras, pode-se dizer que a ideia de uma conexão necessária entre o direito e a moral correta se estabelece pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral, que estende-se aos princípios que são considerados na decisão.

Todavia, Alexy reconhece que a inclusão de princípios no ordenamento leva só limitadamente a uma vinculação do aplicador, principalmente em razão da ocorrência de colisões entre os princípios no caso concreto, que acarretam, por sua vez, a necessidade de uma

e Direito Discursivo: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional Ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, p. 94-95.

¹⁷⁵ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 88-89.

¹⁷⁶ Ibid., p. 92.

¹⁷⁷ Ibid., p. 94-95.

ponderação. Como visto, os princípios são mandamentos de otimização, o que significa que exigem uma realização, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, tão ampla quanto possível. A referência às possibilidades fáticas leva aos princípios da idoneidade e necessidade. A referência às possibilidades jurídicas implica uma *lei de ponderação*: “quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. A lei de ponderação formula o chamado princípio de proporcionalidade em sentido estrito, que abre caminho a um procedimento de fundamentação, o qual, por sua vez, não existiria sem os princípios.¹⁷⁸

Alexy também atenta ao fato de que, em razão do argumento da injustiça, antes do limiar da injustiça extrema, a conexão existente entre o direito e uma moral correta – que se deduz da existência de uma pretensão à correção e à fundamentabilidade vinculada aos princípios – não se trata de uma conexão classificadora, mas somente *qualificadora*. Realmente, se só a partir do limiar da injustiça extrema é possível dizer que uma norma ou decisão perdeu o seu caráter jurídico, antes disso, a pretensão à correção vinculada ao direito - na qual se inclui a pretensão à correção moral - poderia levar apenas à constatação de uma *imperfeição* jurídica, mas não à perda da qualidade jurídica.¹⁷⁹

Por ambas as razões, portanto, para que o argumento seja comprovado, deverá ser possível buscar um critério para o que é justo e injusto em cada caso, isto é, uma solução para a colisão de princípios. Em outras palavras, é preciso encontrar uma solução para o conflito de razões morais contrárias. Considerando que a ideia da pretensão à correção é posta como uma questão de fundamentação, coloca-se novamente a questão sobre a possibilidade de fundamentação racional de juízos morais.

Assim, pode-se concluir que tanto o argumento da injustiça, quanto o argumento dos princípios, essenciais para a complementação do argumento da correção de Alexy, desembocam no mesmo problema, qual seja, na questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos morais. O argumento da injustiça, quando esbarra na objeção relativista de que todo o julgamento acerca da justiça, incluídos aqueles sobre injustiça extrema, são insuscetíveis de uma fundamentação racional ou de uma cognição objetiva. O argumento dos princípios, quando se percebe que a inclusão de princípios no ordenamento leva só limitadamente a uma vinculação do aplicador no sentido de uma determinação do resultado, visto que, mesmo após a eliminação da abertura a critérios extrajurídicos no plano das regras, com o uso dos princípios, permanece

¹⁷⁸ ALEXY. Sistema Jurídico e Razão Prática. op. cit., p. 170-172.

¹⁷⁹ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 95-96.

a lacuna de indeterminação no plano dos princípios, verificada na colisão de princípios ou valores morais contrários que ocorre no caso concreto.

Viu-se anteriormente¹⁸⁰ que a ideia de uma ciência que tenha como objeto juízos de valor ou morais é expressamente rejeitada por Kelsen, sendo inclusive um dos pressupostos da sua teoria, segundo a qual a tarefa da ciência do direito e a da interpretação é a mera descrição do direito e a fixação da chamada “moldura normativa”, o que leva, ao final, à ideia de discricionariedade na aplicação do direito. Alexy aponta como ponto-chave para a solução desse problema a ideia de pretensão à fundamentabilidade, implicada pela pretensão à correção. Tal pretensão impõe *exigências* que uma moral deve cumprir minimamente para não ser identificada com falsa, e que deve cumprir ao máximo para poder ser considerada correta. Ao final, conclui-se que a conexão entre direito e moral mostra-se necessária em relação a uma *ideia* de uma moral correta, no sentido de uma *moral fundamentada*.¹⁸¹ Assim, pode-se entender que o não positivismo de Alexy, nesse ponto, foge à crítica de Kelsen, por não pretender, como resultado da conexão entre direito e moral, um *sistema* moral único, absoluto e fechado, ao lado do direito positivo, mas sim um *procedimento* de fundamentação guiado por regras.

A existência de uma pretensão de fundamentabilidade significa que, para que uma decisão seja correta, ela deve conter fundamentos. Para que sejam corretos, tais fundamentos deverão cumprir determinadas exigências, isto é, regras que norteiam a fundamentação, a fim de garantir a racionalidade da aplicação do direito, em substituição à ideia de discricionariedade.¹⁸² Todavia, como visto, a racionalidade do procedimento de aplicação do direito depende de se e em qual proporção tal fundamentação, que se compõe de valorações, é acessível a um controle racional. Para Alexy, a resposta a essa questão é tarefa de uma teoria da argumentação jurídica, que depende, antes, de uma teoria do discurso racional.¹⁸³

A associação da correção com o direito depende, assim, de uma teoria da argumentação moral e jurídica, sendo, em Alexy, formulada como uma teoria do discurso prático racional geral, constituindo a argumentação jurídica um caso especial do discurso prático geral. Nesse sentido, é possível dizer que Alexy defende, em oposição à teoria do direito positivista, um direito discursivo.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Conferir item “1.2.5.” *supra*.

¹⁸¹ ALEXY. Conceito e Validade do Direito. op. cit., p. 96-97.

¹⁸² *Ibid*.

¹⁸³ ALEXY. Sistema Jurídico e Razão Prática. op. cit., p. 173-174.

¹⁸⁴ TREVISAN. op. cit., p. 75.

2.2. A teoria do discurso prático racional e a teoria da argumentação jurídica

Entendido o conceito de direito não-positivista de Alexy e constatado o papel da fundamentação como necessária para a compreensão da associação da ideia de correção com o direito, é possível concluir que a argumentação desempenha, na teoria de Alexy, um papel central.

Desempenha um papel de destaque, igualmente, o seu modelo de três planos do sistema jurídico, em que não apenas as regras e princípios são parte integrante do sistema, mas também o procedimento pelo qual os dois tipos de norma são aplicados: trata-se do “modelo-regra/princípio/procedimento”. Esse procedimento, em Alexy, é um procedimento de argumentação.¹⁸⁵ Isso significa que a argumentação é importante não só na ponderação, mas também no âmbito das regras, sendo a interpretação das normas uma atividade argumentativa, considerando que tanto na interpretação de regras, como na ponderação de princípios, existe o dito “âmbito de abertura normativa”, por meio do qual o juiz, pela pretensão de correção existente também no direito, também está vinculado juridicamente.¹⁸⁶

Com isso, é possível concluir que Alexy apresenta como solução para a discricionariedade na aplicação do direito, típica do positivismo de Kelsen, uma teoria do discurso prático racional, seguida de uma teoria da argumentação jurídica. Ambas as teorias visam exatamente garantir a racionalidade da aplicação do direito inclusive no âmbito de abertura normativa, eliminando a alternativa kelseniana que apresenta como resultado o *poder discricionário* do aplicador.

Alexy, em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, de maneira semelhante a Kelsen, constata que em um grande número de casos a decisão jurídica não se segue apenas logicamente dos enunciados normativos.¹⁸⁷ Para tanto, aponta quatro razões:

“(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma.”¹⁸⁸

¹⁸⁵ TREVISAN. op. cit., p. 101.

¹⁸⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Interpretação como Argumentação. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 119.

¹⁸⁷ Nesse mesmo sentido já entendiam tanto Kelsen como Larenz, Para tanto, cf. *supra* item “1.2.5”.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19-20.

Nesses casos, para se chegar à decisão, resta ao intérprete um campo de ação em que deve escolher entre várias soluções possíveis, sendo que, ao se escolher uma das alternativas, está-se enunciando que ela é melhor em algum sentido, se está realizando uma valoração ou juízo de valor. As questões sobre em que medida são necessárias valorações, como elas atuam nos argumentos jurídicos, e se tais valorações são passíveis de uma fundamentação racional, são o objeto central da teoria da argumentação jurídica de Alexy.¹⁸⁹

A argumentação jurídica, de acordo com o autor, pode ser conceituada como uma “atividade linguística da correção dos enunciados normativos”, sendo conveniente designá-la como *discurso prático*. O discurso especificamente jurídico, para o autor, é visto como um caso especial do discurso prático geral. Isso se justifica porque, como visto, tanto na afirmação de um enunciado jurídico, como na de um enunciado prático, levanta-se uma pretensão de correção.¹⁹⁰

Para bem entender a teoria do discurso de Alexy, é conveniente, primeiro, analisar a fundamentação dada pelo autor para considerá-la suficiente a garantir a racionalidade no processo de aplicação do direito. Em seguida, far-se-á um repasse analítico das regras do discurso prático elegidas pelo autor, para, ao final, analisar brevemente sua teoria da argumentação jurídica, vista como uma proposta de superação da ideia de discricionariedade de Kelsen.

2.2.1. A teoria do discurso prático racional

Segundo a teoria do discurso, uma declaração normativa é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o do discurso racional.¹⁹¹ Assim, pode-se dizer que a teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática, em cuja base está a definição: “Uma norma *N* é correta rigorosamente então, quando *N* pode ser o resultado do procedimento *P*.” A distinção principal da teoria do discurso é que o seu procedimento é um procedimento de argumentação.¹⁹²

¹⁸⁹ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 23-24.

¹⁹⁰ Ibid., p. 30-31.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. in: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 78.

¹⁹² ALEXY. Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão. op. cit., p. 25.

Para além dessa distinção, outras duas também merecem ser destacadas – uma quanto aos indivíduos que participam do procedimento, outra quanto às exigências do procedimento. A teoria do discurso é caracterizada pelo fato de que no procedimento *P* poderem participar muitos indivíduos, no estado em que eles faticamente se encontram, isto é, consoante as suas convicções fático-normativas próprias.¹⁹³ As exigências da teoria do discurso, por sua vez, considerando que não contêm determinações no que tange aos indivíduos, podem ser formuladas por regras.¹⁹⁴ As regras propostas por Robert Alexy serão analisadas no próximo ponto.¹⁹⁵

A ideia da uma teoria procedimental da correção prática pretende exatamente propor um procedimento que lide com questões valorativas, isto é, que digam respeito ao que é bom ou devido, de uma forma racional. Kelsen, a partir de seus pressupostos teóricos, via o próprio conceito de razão prática como um “conceito insustentável logicamente”¹⁹⁶, o que o levou à conclusão de que juízos de valor nunca poderiam ser racionais e, como consequência, à ideia de discricionariedade do aplicador do direito. Diante disso, e a fim de demonstrar que o cumprimento das regras do procedimento da teoria do discurso constitui uma garantia de racionalidade ao processo de aplicação do direito, Alexy trabalha com um argumento de três partes.

2.2.1.1. *A fundamentação das regras do discurso: um argumento de três partes*

A teoria do discurso parte da ideia de que um discurso prático é racional, na medida em que nele são cumpridas condições do argumentar prático racional. Parte dessas condições formula exigências de racionalidade geral, que valem independentemente da teoria do discurso, e cujo objetivo é a imparcialidade do discurso, o que se obtém por asseguramento da liberdade e igualdade da argumentação. Essas regras expressam, portanto, as ideias liberais da universalidade e da autonomia, e representam a seguinte condição de aprovação universal:

¹⁹³ ALEXY, A. *A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica*. op. cit., p. 79.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Problemas da Teoria do Discurso*. in: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89.

¹⁹⁵ Conferir item “2.2.1.2” *infra*.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática*. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

“UZ: uma norma pode, em um discurso, somente então encontrar aprovação universal, quando as consequências de um cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um particular podem ser aceitas por todos.”¹⁹⁷

A base da teoria do discurso, ao compreender a ideia de universalidade e autonomia da argumentação, é, portanto, uma ideia essencialmente liberal. Ocorre que, para que se pretenda à adoção de tal ideia e, ao final, da teoria do discurso, se mostra necessária uma fundamentação. Alexy propõe, para tanto, um argumento composto de três partes. A primeira parte do argumento diz respeito a uma versão fraca de um argumento pragmático-transcendental ou pragmático-universal, que forma o núcleo da fundamentação e demonstra o caráter universal da teoria do discurso. A ela é acrescentada uma conclusão que direciona à maximização da utilidade, sendo esta a segunda parte do argumento. Tal argumentação, por sua vez, é dependente de uma premissa empírica, que representa a terceira parte do argumento.¹⁹⁸

Na teoria do discurso, estão presentes diferentes variantes do argumento transcendental, sendo comum a todas o seu ponto de partida, qual seja, os atos de fala particulares ou a prática da argumentação. Por tal razão, Alexy denomina tal argumento de “pragmático-transcendental”, que se compõe de argumentos filosóficos-idiomáticos ou linguísticos, os quais destacam as pressuposições necessárias da argumentação ou de atos de fala particulares. O autor elege como objeto do seu argumento o ato de fala da *afirmação* e sustenta que as afirmações só são possíveis quando se pressupõe a validade de algumas regras do afirmar. Para compreender isso, deve-se ter em conta que as afirmações se distinguem de outros atos de fala como, por exemplo, reações emocionais, exatamente por seu significado. Alexy vê essa diferença exatamente no fato de que em afirmações é promovida uma pretensão de verdade ou correção.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

A tese da existência de uma pretensão de verdade ou correção no núcleo do significado da expressão “afirmação” é apoiada na constatação de que sua negação acarreta uma contradição performativa. Uma contradição performativa ocorre quando alguém, com a efetivação de um determinado ato de falar, implica algo que contradiz o próprio conteúdo desse ato de falar. A título de exemplo, a afirmação “eu afirmo que está chovendo, e isso é falso”

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. in: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103-104.

¹⁹⁸ Ibid., p. 104-105.

¹⁹⁹ Ibid., p. 105-108.

²⁰⁰ ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 104-105.

abarca uma contradição performativa, tendo em vista que parte do que é dito (“e isso é falso”) contradiz aquilo que é pressuposto com a efetivação de uma afirmação, isto é, a pretensão de verdade ou correção.²⁰¹

A tese da existência de uma pretensão de verdade ou correção está apoiada em uma segunda tese, já vista anteriormente²⁰², de que toda a pretensão de verdade ou correção implica uma pretensão de fundamentabilidade. Isso porque quem sustenta uma afirmação, no sentido acima explanado, e, simultaneamente, diz que não existe nenhum fundamento para o afirmado, na realidade, não está estabelecendo uma autêntica afirmação ou, no mínimo, a sua afirmação é viciosa. Assim, tal pretensão de fundamentabilidade corresponde a um dever de fundamentar o afirmado, a pedido do destinatário da afirmação. Dessa forma, o ato de fala da afirmação é a entrada no âmbito da argumentação e à aceitação das regras do discurso.²⁰³

A principal objeção ao argumento pragmático-transcendental sustenta que ele nada mais é que um “truque relativo à definição”, pois apenas com a introdução de um conceito forte da expressão “afirmação” – no sentido de que toda a afirmação, por definição, leva às pretensões de verdade ou correção e de fundamentabilidade – é que se poderia chegar às regras do discurso como única alternativa. Tal objeção remete à premissa do argumento pragmático-transcendental, a qual estabelece que afirmações, no sentido ora definido, em algum aspecto, são *necessárias*.

A fim de justificar tal necessidade, Alexy se vale das teorias de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas²⁰⁴ para sustentar uma tese mais fraca que as desses autores, no sentido de que afirmações e fundamentações, no sentido acima definido, são necessárias, em uma mínima medida, ao menos para se participar do que se pode denominar “a forma de vida mais geral da pessoa”. Isso significa que, a despeito das diferentes formas de vida existente faticamente, todas necessariamente contêm universais teóricos argumentativos que levam às regras do discurso, mesmo se, em virtude de tradições ou terror, eles não sejam eficazes na realidade ou se façam valer em medidas diferentes.²⁰⁵

Dito de outro modo, Alexy constata que cada indivíduo tem, em princípio, a *capacidade* de perguntar, afirmar e fundamentar algo, mesmo em comunidades em que tal capacidade não

²⁰¹ ALEXY. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. op. cit., p. 107.

²⁰² Conferir item “2.1.2” *supra*.

²⁰³ ALEXY. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. op. cit., p. 108.

²⁰⁴ Enquanto Apel sustentava que a ausência de afirmações levaria à perda “da possibilidade da auto-consciência e da auto-identificação” e à “auto-destruição”, Habermas, de forma semelhante, trazia como consequência problemas de “esquizofrenia e suicídio”. (Cf. ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 106.)

²⁰⁵ ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 106.

seja plenamente exercida pelas mais variadas razões. Tal só não seria o caso se os membros de determinada forma de vida perdessem completamente a capacidade de afirmar, fundamentar e perguntar colocar a simples questão “por quê?”. Com base nisso, Alexy conclui que as regras do discurso definem algo comum a todas as formas de vida, pelo que a teoria do discurso busca, ao final, explorar um potencial de razão existente na natureza humana.²⁰⁶

Da conclusão de que toda pessoa tem a capacidade de solucionar argumentativamente conflitos de interesse, seguindo regras do discurso e, assim, um procedimento racional, não se segue que tal potencial será utilizado perante cada afetado. Com efeito, ao mais forte pode parecer muito mais vantajoso o uso da força em substituição à argumentação. O argumento transcendental, portanto, não pode, por si só, criar um interesse ou motivação no agente, mas apenas aclarar o uso da razão, a partir das regras do discurso, para quem vê a verdade ou correção moral como um valor positivo. Sob o ponto de vista da faticidade, o argumento transcendental leva apenas a uma validade objetiva e hipotética, isto é, mostra o que objetivamente vale, mas apenas quando existe interesse em verdade ou correção moral.²⁰⁷ Por conta disso, Alexy agrega ao seu argumento pragmático-transcendental um segundo argumento, que envolve a maximização da utilidade e interesse em correção, em conjunto com uma premissa empírica.²⁰⁸

Para tanto, Alexy supõe uma elite que esteja interessada na exploração de uma população a ela submetida. Com vistas a essa finalidade, tal elite poderia apenas ordenar e fazer uso da força como forma de manter a exploração. Todavia, sabe-se que a força é cara e a ordem tão somente é instável. Uma *legitimação* é mais barata e, à longo prazo, mais estável. Seria mais vantajoso, assim, buscar uma legitimação por parte da população. Contudo, isso só é verdadeiro quando tanto na elite, quanto na população submetida, há um número suficiente de pessoas que têm um interesse na correção.²⁰⁹

²⁰⁶ ALEXY. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. op. cit., p. 111.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ O argumento pragmático-transcendental exposto por Alexy corresponde a uma versão kantiana da razão prática, que tem como base o princípio da universalidade, tendo em vista que se pretende elencar regras do discurso que levam a um resultado que possa ser aceito por todos, isto é, que encontre uma aprovação universal. Nesse sentido, o resultado é correto em um sentido ideal, o que corresponde ao princípio de Kant do poder dador de leis: “Portanto, pode somente a vontade, concordante e unida, de todos, contanto que cada um decida sobre todos e todos sobre cada um o mesmo, portanto, somente a vontade popular universalmente unida ser dadora de leis.” Já o argumento da maximização da utilidade individual expõe uma concepção hobbesiana da razão prática, ligada à ideia weberiana de racionalidade da finalidade, segundo a qual toda a atuação humana tem uma estrutura teleológica e requer uma ponderação tríplice: “(1) a do meio contra a finalidade, (2) a da finalidade contra as consequências secundárias inevitáveis e (3) a da finalidade perseguida com finalidades outras possíveis.” (Cf. ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 95-97.)

²⁰⁹ ALEXY. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. op. cit., p. 112.

Nesse contexto, Alexy lança mão de uma premissa empírica, que diz que sempre um número grande o suficiente de pessoas tem, de fato, um interesse em correção, acarretando ser mais vantajoso para uma elite dominante *justificar* o seu domínio, que simplesmente mantê-lo com o uso da força. Nesse sentido, o autor diz que seria um “pessimismo antropológico infundado” entender o contrário, isto é, que poucas pessoas ou ninguém contam com um interesse em correção e dá exemplos de que, na história, déspotas se esforçaram em alcançar uma legitimação por argumentos, mesmo se estes fossem ruins ou mera propaganda.²¹⁰

Uma possível objeção ao argumento da maximização da utilidade sustenta que este permite que alguém, apenas por estratégia ou por mera aparência, aceite as regras do discurso, o que desvirtua tal teoria. Contra tal objeção, Alexy relembra que a fundamentação da teoria do discurso então exposta visa demonstrar a validade objetiva ou exterior das regras do discurso, isto é, uma validade institucional, o que explica por que essa deve ser associada ao direito.²¹¹⁻²¹² Uma validade subjetiva ou motivacional só existe para quem um real interesse na correção em si mesma.²¹³ Com isso, tendo-se em conta a maximização da utilidade e tal premissa empírica, chega-se à argumentação e ao âmbito das regras do discurso.

2.2.1.2. *As regras do discurso*

Uma vez fundamentada a validade objetiva da teoria do discurso, passa-se à análise das regras que definem o discurso prático racional. De acordo com a teoria do discurso, a verdade ou correção de uma proposição normativa depende da possibilidade de ser ela o resultado de um determinado procedimento, chamado de discurso prático racional. A racionalidade do procedimento, por sua vez, é resultado da observância de determinadas regras ou exigências do discurso.

Para elaborar o conjunto de regras do discurso, Alexy, em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, faz uma análise crítica de diversas teorias preexistentes do discurso prático²¹⁴, adotando contribuições provenientes de todas as teorias anteriormente trabalhadas.

²¹⁰ ALEXY. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. op. cit., p. 112.

²¹¹ ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 108.

²¹² Conferir *infra*, item “2.2.2.”

²¹³ Quanto à diferença entre uma validade interior e exterior, conferir *supra*, notas de rodapé 150 e 151.

²¹⁴ Alexy analisa as teorias naturalistas, intuicionistas e emotivistas, as regras da argumentação de Ludwig Wittgenstein, John Austin, Christopher Hare, Stephen Toulmin e Kurt Baier, a teoria da verdade por consenso de Jürgen Habermas, a teoria da deliberação prática da Escola de Erlanger e a teoria da argumentação de Chaim Perelman. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 45-173.)

O primeiro grupo de regras do discurso é composto por quatro regras fundamentais, assim denominadas por constituírem condição de viabilidade da comunicação linguística. As quatro regras são assim formuladas:

- “(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se;
 (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita;
 (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes;
 (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.”²¹⁵

A regra (1.1) remete às regras elementares da lógica.²¹⁶ A regra (1.2) assegura a sinceridade da discussão, e é fundamental porque, sem tal regra, não seria possível sequer a “mentira”, mostrando-se, portanto, constitutiva para a comunicação linguística.²¹⁷ A regra (1.3) exige a coerência do falante, sendo uma variante do princípio de universalidade de Hare.²¹⁸ Por fim, a regra (1.4) exige que seja estabelecida uma comunidade de uso da linguagem, partindo-se da linguagem ordinária e estabelecendo determinações quando surgirem obscuridades e incompreensões, a fim de garantir maior clareza e sentido à linguagem utilizada.²¹⁹

As próximas regras elencadas por Alexy são regras de razão. Tais regras partem do conceito da expressão “afirmação”, do qual, como já explanado, decorre uma pretensão de fundamentabilidade, tendo em vista que quem afirma algo pretende que tal seja verdadeiro ou correto e, portanto, fundamentável.²²⁰ Dessa ideia advêm as seguintes regras:

²¹⁵ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 187.

²¹⁶ Sobre a admissão de relações lógicas entre proposições normativas, Alexy remete, em especial, à lógica deontica de G. H. v. Wright. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 188.)

²¹⁷ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 188.

²¹⁸ Hare, em sua teoria sobre a argumentação moral, distingue o significado descritivo e valorativo ou prescritivo, a partir de dois princípios: o princípio da universalidade e o princípio da prescritividade. A universalidade das expressões descritivas acarreta o princípio da universalidade em expressões valorativas, em razão do elemento descritivo existente também nessas expressões. Diz-se “A é bom” porque A possui determinadas características, o que cria uma conexão entre a afirmação e tais características, normalmente representada por um juízo moral. O princípio da universalidade exige que o falante designe como “bom” todo objeto que tenha essas características. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 73-74.)

²¹⁹ Tal conclusão é oposta ao que pretendiam os representantes da Escola de Erlanger com a sua ética construtivista, a partir da qual não seria viável a simples utilização da linguagem ordinária na fundamentação, devendo ser desenvolvida uma nova linguagem chamada “ortolinguagem”, contrapondo-se, nesse ponto, à hermenêutica e à filosofia analítica. Alexy prefere adotar os métodos da filosofia analítica, partindo da linguagem ordinária, mas admitindo a fixação de um uso comum, caso surjam pontos obscuros, vagos ou ambíguos, podendo-se, nesse caso, utilizar de linguagens artificiais e reconstrução de conceitos, em um “discurso de análise da linguagem”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 141-147.)

²²⁰ Sobre o ponto, conferir *supra* item “2.2.1.1”.

- “(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
[...]
(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
[...]
(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.
[...]
(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.”²²¹

A regra (2) é denominada “regra geral de fundamentação”. Percebe-se que essa regra não exige uma fundamentação para cada afirmação, mas assegura a sua discutibilidade, o que abrange a discussão acerca de quais razões justificariam uma negação de fundamentação. As regras (2.1), (2.2) e (2.3) correspondem, respectivamente, às exigências de igualdade de direitos, de universalidade e de não-coerção,²²² próprias da situação ideal de fala de Jürgen Habermas, aceita por Alexy em sua versão fraca.²²³ Tais regras, para além da função de correção de enunciados normativos, desempenham uma função de crítica às restrições de direitos e oportunidades dos participantes do discurso que não sejam justificáveis. Na prática, podem ser apenas cumpridas de maneira aproximada, pelo que constituem um *ideal* a ser seguido. De acordo com o autor, as regras de razão são assim chamadas por definirem “as condições mais importantes para a racionalidade do discurso”.²²⁴

Um terceiro grupo de regras são as regras de carga da argumentação, que seguem:

- “(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.
[...]

²²¹ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 191.

²²² Ibid.

²²³ A teoria de Jürgen Habermas parte da crítica à teoria clássica da verdade como correspondência, que afirma que um enunciado só pode ser verdadeiro se encontra correspondência na realidade fática, sendo um fato um estado de coisas que existe. Segundo Habermas, diferentemente, os fatos não são, tal como os objetos, algo no mundo. A partir disso, a verdade “é uma pretensão de validade que anexamos aos atos de fala constatativos”, pelo que a justificação da proposição não depende da verdade da afirmação, mas, ao contrário, a verdade da afirmação depende da justificação da proposição. Com isso, o conceito de verdade é transferido do nível da semântica para o nível da pragmática. A verdade, assim, não consiste de uma simples relação entre proposição e mundo, mas é também dependente de teorias e acordos linguísticos. A título de exemplo, Karl Popper percebeu que inclusive a veracidade de enunciados básicos como “esta bola é vermelha” implica uma teoria de cores, pelo que sua aceitação se baseia, ao final, em um acordo. Assim, um fato é o que expressa uma declaração que pode ser fundamentada no âmbito de um discurso. Isso vai em favor da tese de que proposições normativas são suscetíveis de verdade, visto que estas, assim como as proposições empíricas, possuem uma pretensão de verdade e, portanto, de fundamentabilidade. Para que se possa distinguir entre proposições justificadas e não justificadas, Habermas propõe uma estrutura de discurso com características formais, que são as características da denominada “situação ideal de fala”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit. p. 107-140.)

²²⁴ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 192-193.

(3.2.) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

[...]

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

[...]

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.”²²⁵

A regra (3.1) é resultado da conjugação do princípio da universalidade (1.3) e da regra geral de fundamentação (2), e vai ao encontro da presunção em favor da igualdade visada pelas regras do discurso, ao exigir do falante que, ao pretender afastá-la, dê um fundamento que justifique eventual tratamento diferenciado a determinada pessoa. Assim, quem pretende afastar a presunção de igualdade deverá suportar uma carga de argumentação.²²⁶ As regras (3.2) e (3.3) são, por sua vez, decorrências do “princípio da inércia”, de Chaim Perelman, e constituem um limite à regra geral de fundamentação, para evitar que um falante formule perguntas ou dúvidas incessantemente e exija continuamente razões, sem ele próprio dar nenhuma razão para tanto.²²⁷ Por fim, a regra (3.4) é um desdobramento das regras de razão (2.2.b) e (2.2.c), em conjugação com a regra geral de fundamentação (2).²²⁸

Para melhor explicar as demais regras do discurso, Alexy faz um repasse das principais formas de argumentos do discurso prático, isto é, das formas de fundamentar as proposições normativas singulares (*N*), as quais são o objeto central do discurso. De acordo com o autor, são duas formas distintas as principais. A primeira toma como referência uma determinada *regra (R)* pressuposta como válida, enquanto a segunda leva em consideração as *consequências*

²²⁵ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 194-195.

²²⁶ A regra (3.1) já era exigida por M. G. Singer, com o seu “princípio da generalização”, que se assemelha ao princípio da universalidade de Hare. Singer já havia previsto uma carga de prova do falante que pretende afastar a presunção de igualdade, para que justificasse a existência de uma diferença relevante no caso como fundamento para um tratamento desigual. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 75, nota de rodapé 160.)

²²⁷ A teoria de Chaim Perelman centra-se no conceito de “auditório universal”, que se assemelha à situação ideal de fala de Habermas. Em um auditório universal, diferentemente do que ocorre no auditório particular, quem argumenta dirige-se “ao conjunto de todos os homens como seres que argumentam”, e se busca, portanto, um “princípio válido para todos os homens”, pois, “quem quer convencer a todos só pode propor normas que possam ser aceitas por qualquer um”. Todavia, o começo da argumentação prática é sempre moldado pelas concepções anteriores dos interlocutores, tendo lugar em um contexto histórico e social, o que acarreta ser “impossível indicar uma solução como a única correta de maneira definitiva”. A provisionalidade do resultado da argumentação leva à sua abertura crítica. Para que isso não torne demasiadamente frágil o resultado, Perelman propõe o “princípio da inércia”, que diz que “uma ideia que tenha sido aceita uma vez não pode ser rejeitada sem um motivo suficiente”, isto é, nesse caso, “somente a mudança exige uma justificação”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 157-172.)

²²⁸ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 195.

(*F*) de seguir no imperativo implicando *N*.²²⁹ Alexy aponta uma semelhança estrutural entre ambas: quem embasa sua fundamentação em uma regra *R* pressupõe que as suas condições fáticas de aplicação (características do sujeito, estado de coisas, acontecimentos) estejam presentes, isto é, pressupõe como verdadeiro um enunciado (*T*) que descreve tais condições; de forma semelhante, quem aduz uma consequência (*F*) para seguir a norma (*N*) também pressupõe uma regra que expressa que a produção da consequência (*F*) é obrigatória ou boa. Assim, a apresentação de uma razão (*G*) está sempre na base do argumento, do que decorre a regra geral (4): $GR = N$., sendo que as duas formas de argumentos são representadas por (4.1) $TR = N$ e (4.2) $FR = N$.²³⁰

Importante é como ocorre a justificação da regra *R*. Para tanto, é possível apontar a situação existente tendo *R* vigência (*Zr*), ou apontar um estado de coisas futuro que se produzirá ao se seguir *R* (*Zf*). Em ambos os casos, é coerente falar de uma justificação com base nas *consequências da regra R* (*Fr*). Aqui também vale a tese de que a indicação de uma razão como justificativa pressupõe uma regra que prevê que a razão indicada é uma razão para a afirmação. Sendo tal razão uma justificativa para *R*, surge a necessidade de uma regra de segundo nível (*R'*) que, sob a condição *T'*, exige *R*. A partir disso, resultam duas formas de argumento de segundo nível, que também são subformas da forma geral (4): (4.3) $FrR' = R$ e (4.4) $T'R' = R$.²³¹

Em (4.1)-(4.4), a conclusão se segue de um enunciado normativo, juntamente a um enunciado empírico, que sempre conduz a *um* resultado. Todavia, é possível que regras diferentes levem a resultados incompatíveis, surgindo o problema de qual das fundamentações tem prioridade, cuja solução demanda as chamadas *regras de prioridade*. A prioridade pode ser incondicional, quando uma regra tem prioridade sobre a outra em quaisquer condições, ou condicional, quando a preferência só existe se verificadas as condições (*C*). Assim, sendo *P* uma relação de preferência entre duas regras, a regra de prioridade pode ser vista de duas formas: (4.5) $Ri P Rk$ ou $R'i P R'k$ (relação de preferência incondicionada) e (4.6) $(Ri P Rk)C$ ou $(R'i P R'k)C$ (relação de preferência condicionada). Tais regras podem, caso necessário, ser

²²⁹ Essas duas formas de argumento foram apontadas por Stephen Toulmin, em sua teoria sobre a argumentação moral, sendo a primeira forma a deontológica e a segunda, a teleológica, servindo esta ao objetivo próprio, segundo o autor, da moral, qual seja, o de “evitar sofrimento desnecessário”. Assim, a primeira forma ligaria a argumentação moral às normas morais seguidas, enquanto a segunda teria uma função crítica. (Cf. ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*. op. cit., p. 88-89.)

²³⁰ ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*. op. cit., p. 195-196.

²³¹ *Ibid.*, p. 197.

justificadas por meio das formas (4.3) e (4.4). Em havendo conflito, deve-se aplicar regras de prioridade de segundo nível.²³²⁻²³³⁻²³⁴

Com (4.1)-(4.6), Alexy indicou formas de argumentos utilizáveis no discurso prático. Embora, por um lado, a sua utilização aumente a racionalidade, ao se evitar o uso de bajulações ou ameaças, por outro, certo é que, com elas, se poderia justificar qualquer proposição normativa. Assim, faz-se necessário um quinto conjunto de regras do discurso, que se preste a regular as fundamentações realizadas pelas formas de argumento citadas. Alexy chama essas regras de *regras de fundamentação*, formadas por três grupos.²³⁵

O primeiro grupo de regras de fundamentação é resultado das variantes do “princípio da generalizabilidade”, ou da universalidade, propostas por Hare, Habermas e Baier. Do princípio da universalidade de Hare, já exposto em (1.3), em adição ao seu princípio de prescritividade²³⁶, resulta a seguinte exigência: “(5.1.1) *Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas*”. Essa exigência parte das concepções normativas de cada falante. Diferentemente, o princípio da generalizabilidade de Habermas resulta da sua estrutura de discurso, determinadas pelas regras de razão (2.1)-(2.3), e se refere aos resultados comuns obtidos no discurso, podendo ser expresso por meio da seguinte exigência: “(5.1.2) *As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos*”. Essa exigência compartilha o caráter ideal das regras de razão.²³⁷ Por fim, a variante de Baier se fundamenta a partir das exigências de abertura e sinceridade no discurso, previstas

²³² ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 198.

²³³ As regras de prioridade (*rules of superiority* ou *rules of priority*) foram conceituadas por Kurt Baier, em sua teoria da argumentação moral. Tais regras servem para avaliar um conflito de razões incompatíveis e, portanto, estariam no que ele chama de segundo nível da fundamentação (*weighting of reasons*). (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 98-104.)

²³⁴ As formas de argumentos (4.1-4.6) podem ser combinadas e escolhidas à vontade. As diferentes combinações formam o que se chama de “estrutura de argumento”. Stephen Toulmin conceituou a expressão “estrutura do argumento” como “as relações lógicas entre vários argumentos de um determinado falante, tanto do mesmo nível como de níveis diferentes.” (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 199 e 98.)

²³⁵ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 199.

²³⁶ Ibid., p. 73-74.

²³⁷ Segundo Habermas, as normas regulam a possibilidade de satisfação de necessidades e, assim, de busca e consecução de interesses. Uma norma aceita por todos é aquela cujas consequências diretas para a satisfação das necessidades de *qualquer indivíduo* poderiam ser aceitas por *todos*. Segundo Hare, no entanto, seria suficiente que *o indivíduo que julga* aceitasse as consequências para todos. Alexy elimina uma pretensa incompatibilidade entre as duas formulações pela constatação de que a fórmula de Habermas define mais um ideal que um critério seguro, tendo sentido, nesse contexto, estipular o cumprimento do critério de Hare como condição mínima, o que justifica a exigência “5.1.1”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 120-121.)

em (1.2), e pode ser expressa na seguinte exigência: “(5.1.3) *Toda a regra deve ser ensinada de forma aberta e geral*”.²³⁸

As regras do primeiro grupo ainda não garantem um acordo racional, visto que (5.1.1) permite que se parta de diferentes convicções normativas dos falantes, o que pode levar a diferentes resultados, (5.1.2) detém um caráter ideal, que pode ser realizado aproximativamente na realidade, e (5.1.3) exclui apenas algumas poucas regras morais que não podem ser ensinadas de forma aberta e geral.²³⁹ Em todo o caso, é possível estabelecer um procedimento que aumente a possibilidade de transformação das concepções incompatíveis, na direção de um acordo racional. Esse procedimento foi desenvolvido por Lorenzen e Schwemmer, em seu programa da gênese crítica, que parte de uma análise das condições de formação de um determinado sistema de regras morais, permitindo que ele seja criticado discursivamente.²⁴⁰ Desse procedimento seguem as seguintes regras:

“(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

- a) se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou
- b) se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

[...]

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.”²⁴¹

A última regra de fundamentação decorre do caráter do discurso prático como um discurso voltado à solução de questões práticas faticamente existentes, que exige o seguinte:

“(5.3) *Devem ser respeitados os limites da realizabilidade faticamente dados*”. A aplicação

²³⁸ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 200-201.

²³⁹ Ibid., p. 201.

²⁴⁰ O programa de gênese crítica de Lorenzen e Schwemmer contém um procedimento de crítica e fundamentação de normas, em que, para se chegar a uma determinação do sistema de normas vigentes na sociedade, faz-se necessário reproduzir a história do sistema normativo. Um primeiro passo está na verificação das necessidades naturais ou variáveis culturalmente e historicamente, e na descrição das respectivas normas vigentes atualmente (gênese fática). Após, segue-se a gênese crítica cultural, em que se julga se o sistema normativo estabelecido impede ou exige o seguimento do princípio de razão. Para tanto, em cada passagem da gênese fática, faz-se um juízo crítico a partir de uma deliberação racional. A partir disso, seria possível o estabelecimento de normas com efeitos corretivos, em uma terceira etapa do programa, a reforma da cultura. O fim dessa reforma é “possibilitar uma atuação segundo o princípio de razão e o princípio moral”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 150-154.)

²⁴¹ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 201-202.

dessa exigência pressupõe um conhecimento empírico a fim de se conhecer os limites dados em cada caso.²⁴²

O sexto e último grupo de regras do discurso decorre da constatação de que, nos discursos práticos, surgem problemas que não podem ser resolvidos somente com os meios da argumentação prática, por se tratarem de questões de fato, problemas linguísticos ou questões que se referem à própria discussão prática. Dessa constatação surge a necessidade de que, durante a argumentação, seja possível passar a outras formas de discurso, o que fundamenta as chamadas *regras de transição*:

“(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).
 (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.
 (6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.”²⁴³

A regra (6.1) é de particular importância quando a controvérsia de determinada discussão envolve os fatos analisados, e não as premissas normativas. Nesse caso, nem sempre o conhecimento empírico necessário pode ser alcançado, exigindo a adoção de regras de presunção racional.²⁴⁴

2.2.1.3. *Os limites do discurso*

Alexy reconhece que, embora a observância das regras do discurso torne mais provável um acordo racional sobre questões práticas, tal não é uma garantia de que sempre será possível chegar a tal acordo, ou que, chegando-se a um acordo, a situação se mantenha em definitivo. Em outras palavras, a fragilidade da teoria do discurso consiste no fato de que o seu sistema de regras não oferece um procedimento que permite sempre chegar, rigorosamente, a um resultado.²⁴⁵

Tal fragilidade decorre de três motivos: primeiro, porque as regras do discurso não determinam o ponto de partida do procedimento, sendo dependente das concepções normativas, interesses e convicções dos participantes dados historicamente; segundo, porque as regras do

²⁴² ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 202.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid., p. 203.

²⁴⁵ Ibid., p. 203-204.

discurso não determinam todos os passos da argumentação; e terceiro, porque uma série de regras do discurso tem um caráter meramente ideal, sendo cumpríveis apenas aproximativamente.²⁴⁶⁻²⁴⁷ Assim, o resultado do discurso não está, toda vez, coberto por uma certeza definitiva, seja pela impossibilidade de se chegar sempre a apenas uma solução correta, seja pela possibilidade de sua revisão futura.²⁴⁸

Contra essa constatação poderia ser objetado que a teoria do discurso seria inútil para o objetivo que se propõe, qual seja, de trazer racionalidade à fundamentação de juízos morais ou de valor.²⁴⁹ Contra tal objeção, Alexy vê por bem distinguir o discurso real do discurso ideal. O discurso ideal é assim definido:

“O discurso prático ideal em todos os sentidos é definido pelo fato de, sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e ausência de coerção perfeita no caminho da produção de clareza conceitual-idiomática perfeita, do ser informado empírico perfeito, da capacidade e da disposição perfeita para a troca de papéis e da liberdade de pré-juízos perfeita, ser procurada a resposta a uma questão prática.”²⁵⁰

O principal problema do discurso ideal advém do fato de que o consenso, no que diz respeito a uma questão prática, não resulta logicamente da comprovação de que as condições do discurso ideal estão cumpridas, por ser algo *substancial*, enquanto as condições do discurso têm caráter apenas *formal*.²⁵¹ Dessa forma, mesmo o cumprimento do discurso ideal seria um critério que não excluiria a possibilidade de que duas normas reciprocamente contraditórias sejam, ao mesmo tempo, corretas. Esse o chamado problema da contradição.²⁵²

No discurso real, tal fragilidade aumenta, a partir da constatação de que o cumprimento das exigências do discurso ideal, de forma plena, não é possível faticamente. Assim é a sua definição:

²⁴⁶ ALEXY. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 28.

²⁴⁷ ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 109.

²⁴⁸ TREVISAN. op. cit., p. 111.

²⁴⁹ ALEXY. Problemas da Teoria do Discurso. op. cit., p. 90.

²⁵⁰ ALEXY. Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão. op. cit., p. 28.

²⁵¹ Considerando que as condições do discurso ideal são apenas formais, elas não excluem diferenças antropológicas ou valorativas entre os participantes. Além disso, não há um procedimento que possa antever como agiriam os participantes de um discurso ideal, pelo que não se pode nem aceitar nem excluir a garantia do consenso. (Cf. ALEXY, Robert. Posfácio: resposta a alguns críticos. in: Idem. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 305-306.)

²⁵² ALEXY. Problemas da Teoria do Discurso. op. cit., p. 96.

“Discursos práticos reais são definidos pelo fato de neles, sob as condições de tempo limitado, de participação limitada e ausência de coerção limitada com clareza conceitual-idiomática limitada, ser informado empírico limitado, capacidade limitada para a troca de papéis e liberdade de pré-juízos limitada, ser procurada a resposta a uma questão prática.”²⁵³

Alexy reconhece que o problema da contradição seria inadmissível se se pressupor que existe, para cada questão prática, *uma única* resposta correta, independentemente da existência ou do cumprimento de um procedimento destinado a encontrá-la ou comprová-la. Tal concepção sustentaria um conceito absoluto de correção, que tem um caráter *não-procedimental*, pois fundado na tese *ontológica* da existência de uma resposta unicamente correta para toda questão prática, a ser *descoberta* caso a caso – o que, para o autor, é pouco plausível.²⁵⁴⁻²⁵⁵⁻²⁵⁶

Alexy, diferentemente, admite um conceito absoluto apenas enquanto *ideia reguladora*, no sentido de que os participantes formulem a pretensão de que a sua resposta seja a única correta, a fim de que suas afirmações e fundamentações tenham sentido.²⁵⁷ De toda forma, essa ideia pressupõe a existência de algumas questões práticas, às quais é possível atribuir, no discurso, uma resposta como a única correta. Assim, o problema da contradição leva ao fendimento do conceito de correção em absoluto e relativo, sendo que este permite dizer que duas regras que seguem o procedimento do discurso, embora contraditórias, podem ser corretas *relativamente ao procedimento seguido*.²⁵⁸⁻²⁵⁹

Na prática, o conceito absoluto de correção é verificado apenas quando as regras do discurso, por si só, exigem ou excluem determinado juízo de valor ou obrigação. Pode-se falar, nesses casos, em *necessidade* discursiva e *impossibilidade* discursiva. O conceito relativo de correção, por sua vez, é verificado quando, sem infringir as regras do discurso, é permitido

²⁵³ ALEXY. *Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão*. op. cit., p. 28.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ A favor dessa concepção se encontra a teoria de Ronald Dworkin. (Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press, 1985, p. 119 e seguintes)

²⁵⁶ Era em contraposição a essa teoria da interpretação que Kelsen propôs o seu conceito de interpretação jurídica, dele decorrendo a ideia de discricionariedade. (Cf. *supra* itens “1.2.5.1” e “1.2.5.2”.)

²⁵⁷ Quanto ao ponto, conferir *supra* item “2.2.1.1”.

²⁵⁸ ALEXY. *Problemas da Teoria do Discurso*. op. cit., p. 97.

²⁵⁹ ALEXY. *Posfácio: resposta a alguns críticos*. op. cit., p. 306-307.

fundamentar duas proposições normativas contraditórias entre si, isto é, quando se fala em mera *possibilidade* discursiva.²⁶⁰⁻²⁶¹⁻²⁶²

Assim, por um lado, contra a objeção de que a teoria do discurso não seria capaz de trazer racionalidade à fundamentação de juízos morais ou de valor, haja vista a existência de casos em que o resultado é a mera possibilidade discursiva, Alexy argumenta que não é o consenso ou a existência de um resultado definitivo que é garantia da racionalidade. Antes disso, a realização de um procedimento, segundo as regras do discurso, é o critério de correção verdadeiro da teoria do discurso, e o que permite falar em um juízo de valor racional.²⁶³

Por outro lado, os limites da teoria do discurso levam à necessidade do direito. A existência de um espaço de mera possibilidade discursiva leva à necessidade de regras jurídicas que garantam um resultado definitivo ao procedimento. Com efeito, ao espaço de possibilidades discursivas não poderia corresponder um espaço do permitir jurídico, sendo necessária a lei positiva para solucionar conflitos sociais de interesse de forma definitiva.²⁶⁴ Outrossim, mesmo se só existissem resultados discursivamente necessários e impossíveis, as normas jurídicas fariam-se necessárias, visto que a aprovação geral a uma regra no âmbito do discurso não implica o efetivo cumprimento dessa regra por todos, sendo o direito necessário para garantia da imposição a partir da coerção.²⁶⁵ A partir disso, promove-se a transição para o âmbito do discurso jurídico.

2.2.2. O discurso jurídico como caso especial

O discurso jurídico, em Alexy, é visto como um caso especial do discurso prático geral. Isso porque, em discussões jurídicas, também se trata de questões práticas, isto é, de afirmar o que *deve ser* feito ou omitido. Assim, também às discussões jurídicas está ligada uma pretensão

²⁶⁰ ALEXY. Posfácio: resposta a alguns críticos. op. cit., p. 307-308.

²⁶¹ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 204.

²⁶² Os casos de necessidade e impossibilidade discursiva mostram que, apesar de seu caráter formal procedimental, a teoria do discurso não é totalmente vazia de conteúdo. Direitos do homem como o direito à vida, o direito à integridade da pessoa, o direito à liberdade de atuação fundamental, o direito à participação no processo de formação da vontade política e o direito a um mínimo existencial são discursivamente necessários, e suas negações discursivamente impossíveis. (Cf. TREVISAN. op. cit., p. 111-112.)

²⁶³ ALEXY. Problemas da Teoria do Discurso. op. cit., p. 95.

²⁶⁴ ALEXY. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 84.

²⁶⁵ ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 109.

de correção e uma pretensão de fundamentabilidade, o que leva ao procedimento e às regras do discurso.²⁶⁶⁻²⁶⁷

Ainda, o discurso jurídico é um caso especial, porque, em se tratando de uma discussão especificamente jurídica, estão presentes condições limitadoras que não estão presentes no discurso prático geral, dentre as quais são mencionadas: a diminuição da liberdade de participação dos participantes, já que, no caso do réu, ela não é voluntária; a limitação do dever de veracidade; a limitação temporal e a regulamentação do processo em que ocorre o discurso; a busca de uma decisão vantajosa, em muitos casos, antes de uma decisão correta ou justa.²⁶⁸⁻²⁶⁹

Além disso, o próprio ordenamento jurídico vigente se caracteriza como uma condição limitadora, já que a proposição normativa deve ser fundamentada não apenas de forma racional, mas também de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Muitas vezes, o próprio ordenamento elabora, por meio da legislação, normas que limitem o campo do possível discursivamente (como, por exemplo, o princípio da maioria).²⁷⁰

Contudo, mesmo no discurso jurídico, são inúmeros os casos em que a decisão não fica determinada de maneira completa.²⁷¹⁻²⁷² A questão do que pode ser entendido como uma decisão racional, nesse contexto, é objeto da teoria da argumentação jurídica de Alexy. A teoria da argumentação tem lugar, portanto, nos discursos *jurídicos*, os quais têm como objeto a justificação de um tipo especial de proposições normativas, as decisões judiciais.

²⁶⁶ Para saber o porquê de a pretensão de correção e de fundamentabilidade estarem necessariamente presentes no direito e, assim, nas decisões judiciais, conferir *supra* item “2.1.2”.

²⁶⁷ Sobre a questão de em que medida a pretensão de correção é levada realmente a sério e é decisiva para a aceitação de decisões judiciais, Alexy argumenta, por um lado, que empiricamente verificam-se deliberações jurídicas em que se discute longa e intensamente sobre a correção da decisão, e por outro, que a fundamentação também cumpre a função de tratar um ser racional racionalmente, explicando-lhe por meio de razões por que se chegou a uma determinada decisão que, por exemplo, afeta negativamente seus interesses. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 213-214.)

²⁶⁸ Sobre essa constatação, Alexy reconhece que, embora o processo judicial não possa ser considerado um discurso ideal, também não pode ser considerado uma mera ação estratégica, visto que, a despeito do interesse íntimo dos participantes, o fato de a decisão judicial comumente recolher parte de seus argumentos na fundamentação leva a crer que, também no processo, existe uma pretensão de correção. Além disso, os participantes pretendem argumentar racionalmente, isto é, pretendem que seus argumentos sejam compreendidos racionalmente pelo juiz. Em outras palavras, pretendem que seus argumentos sejam de natureza tal que encontrem o acordo do juiz sob condições ideais. Dessa forma, ainda que não possa ser considerado um discurso ideal, a discussão judicial ocorre sob a pretensão de correção, o que leva à teoria da argumentação jurídica. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 215-216.)

²⁶⁹ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 210-211.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 217.

²⁷¹ São quatro as razões principais para esse fenômeno: (1) a vagueza da linguagem, (2) a existência de conflitos normativos, (3) a possibilidade de omissão normativa e (4) a possibilidade de se decidir casos especiais contra a literalidade da lei. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., 280.) Essas razões já eram consideradas, de maneira semelhante, por Kelsen. (Cf. *supra* item “1.2.5.1”.)

²⁷² ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 280.

Alexy divide dois aspectos da justificação: a interna e a externa. Na justificação interna, verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que a fundamentam, o que é normalmente denominado “silogismo jurídico”. A estrutura da justificação interna conta com pelo menos uma norma universal, requerida pelo princípio da universalidade²⁷³. O princípio da universalidade serve de base para uma justiça formal, que exige “observar uma regra que obriga tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria”.²⁷⁴ Todavia, em muitos casos, a fundamentação das decisões necessita de outras premissas que não podem ser deduzidas de uma lei ou norma universal. Muitas vezes, não é sequer uma norma do direito positivo. Nesse ponto, a justificação interna serve para estruturar e explicitar essas premissas que são utilizadas na decisão, e evita o seu ocultamento. Em outras palavras, a justificação interna deixa às claras quais são as premissas utilizadas pelo juiz em sua decisão, o que, de um lado, facilita a consistência da decisão, contribuindo para a segurança jurídica, e, de outro, garante a possibilidade de reconhecimento e crítica de tais premissas.²⁷⁵ A tarefa de fundamentação de tais premissas explicitadas na justificação interna é, por sua vez, tarefa da justificação externa, na qual “são possíveis todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico”, sendo o campo da argumentação jurídica por excelência.²⁷⁶

O objeto da justificação externa é, assim, a correção das premissas utilizadas na decisão judicial. Alexy reúne tais premissas em três grupos: regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. Alexy ressalta esse terceiro grupo, pois é nele que se aplica a argumentação jurídica. Outrossim, o autor elenca seis grupos de regras e formas da justificação externa: da interpretação, da argumentação da dogmática, do uso dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e das formas especiais de argumentos jurídicos.²⁷⁷

Na interpretação, Alexy utiliza dos chamados “cânones da interpretação”, utilizados desde Savigny. Para compreender sua estrutura, Alexy explicita a seguinte estrutura de uma justificação externa:

- .(1) $(Tx \rightarrow ORx) (R)$ ²⁷⁸⁻²⁷⁹
- .(2) $(Mx \rightarrow Tx) (W)$
- .(3) Ma
- .(4) ORa (1)-(2)

²⁷³ Sobre o princípio da universalidade, cf. *supra* item “2.2.1.2”, regra do discurso (1.3).

²⁷⁴ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 219-220.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 226-228.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 228-229.

²⁷⁸ \rightarrow = se... então.

²⁷⁹ O = é obrigatório que... (operador deôntico).

A partir da norma R e de uma regra sobre uso das palavras (W), se segue a norma concreta “ $R' = Mx \rightarrow ORx$ ”. Assim, R' pode-se designar como “interpretação de R por meio de W ”. Alexy ressalta a fundamentação de interpretações estruturadas por R' como uma das tarefas mais importantes dos cânones, os quais, por tal razão, são entendidos, em sua teoria, como formas de argumento, dividindo-se em seis grupos: da interpretação semântica, da interpretação genética, da interpretação histórica, da interpretação comparativa, da interpretação sistemática e da interpretação teleológica.²⁸⁰

Assim, para Alexy, os cânones, no discurso jurídico, desempenham o papel de formas de argumentos que falam a favor ou contra uma determinada interpretação de uma determinada norma. Como forma de argumento, ele só é completo quando contém todas as premissas pertencentes a tal forma, o que se denomina requisito de saturação. Dentre tais premissas podem ser mencionados os enunciados empíricos e também premissas normativas que não se extraem da lei. Tal exigência assegura a racionalidade do uso dos cânones, já que, sendo sempre necessário explicitar as premissas utilizadas para justificar a adoção interpretativa, sua verdade ou correção pode ser objeto de novas discussões. Todavia, considerando que os diferentes cânones cumprem diferentes funções e apontam, muitas vezes, no contexto da discussão, para diferentes soluções interpretativas, surge, também com os cânones, o problema da contradição.

O problema da contradição, ocasionado pela existência de diferentes cânones interpretativos que, por sua vez, levam a diferentes soluções interpretativas, foi colocado, historicamente, como um problema de estabelecimento de uma hierarquia entre os diferentes cânones. De acordo com Alexy, nenhuma proposta que pretendeu estabelecer uma hierarquia fixa entre eles encontrou reconhecimento geral. Por conta disso, a teoria do discurso pretende contribuir com a solução do problema sem proporcionar critérios tão fortes para a determinação de um resultado, mas indicando, para tanto, “regras e formas cujo cumprimento ou utilização faz com que aumente a probabilidade de que, numa discussão, chegue-se a uma conclusão correta, isto é, racional”. Contudo, certo é que, fora dos casos de necessidade discursiva, não se pode dizer qual é o resultado. No discurso jurídico, todavia, deve-se assegurar a vinculação ao direito vigente, pelo que argumentos fundados em autoridade, isto é, que se baseiam no texto

²⁸⁰ Para uma análise detida sobre a estrutura dos cânones de cada um dos grupos, conferir ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 232-241.

literal da lei ou na vontade do legislador, devem ter uma preferência *prima facie*.²⁸¹ Isso significa que tal preferência se sustenta, salvo nos casos em que se apresentem razões que justifiquem dar prioridade a outros argumentos. O problema de saber quando estão presentes tais razões leva à argumentação prática geral, pelo que o problema da hierarquia, ao final, acaba sendo resolvido nesse âmbito.²⁸²

Ao lado dos cânones interpretativos, Alexy aponta para dois outros tipos de argumentação importantes: a argumentação dogmática e o uso dos precedentes. A dogmática jurídica é definida pelo autor da seguinte forma:

“... uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.”²⁸³

Os enunciados dogmáticos são de cinco tipos. O primeiro é composto pelos chamados “conceitos jurídicos genuínos”, como, por exemplo, os conceitos de contrato, de ato administrativo, e de legítima defesa, sendo que seu conteúdo depende das normas jurídicas que regulam, respectivamente, a realização dos contratos, a eficácia dos atos administrativos e a legalidade de uma ação de legítima defesa.²⁸⁴ O segundo consiste na definição de outros conceitos, não genuínos, que comumente são entendidos como objetos da interpretação.²⁸⁵ O terceiro consiste na definição de enunciados que expressam uma norma não deduzida da lei.²⁸⁶

²⁸¹ Tal preferência é exposta na seguinte regra pragmática: “(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.” (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 245.)

²⁸² ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 243-246.

²⁸³ Ibid., p. 252.

²⁸⁴ Interessante é que Alexy considera o conceito jurídico como uma referência a *atos institucionais*, que são aqueles que só existem se houver regras correspondentes que os regulam, diferentemente dos conceitos que se referem a fatos naturais, que são descritivos e perceptíveis ou experimentáveis. Assim, é a norma jurídica que determina o conceito jurídico e não o contrário. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 253.)

²⁸⁵ Alexy adverte que não é adequado afirmar que toda regra de uso das palavras proposta na interpretação de uma norma é um enunciado da dogmática. Assim, o critério pragmático adquire importância, pelo que o enunciado é dogmático se “é estabelecido, aceito, ou ao menos discutido em uma Ciência do Direito que funcione institucionalmente”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 253-254.)

²⁸⁶ Novamente, o critério de demarcação é do tipo pragmático, isto é, depende de se o enunciado é aceito ou pelo menos discutido no âmbito da Ciência do Direito. Não há necessidade que o enunciado seja considerado correto pela maioria dos juristas, mas tão somente que seja considerado dogmático. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 254.)

O quarto consiste na descrição de estados de coisas, cuja realização é ordenada ou proibida normativamente. O quinto consiste na formulação de princípios.²⁸⁷

O problema surge quando entra em jogo a fundamentação dos enunciados dogmáticos.²⁸⁸ Tendo em vista que os enunciados dogmáticos não podem derivar logicamente nem apenas das normas jurídicas (do contrário, não faria sentido falar em enunciado dogmático, mas sim em aplicação da norma jurídica), nem somente de enunciados empíricos (do contrário, não teriam em absoluto conteúdo normativo)²⁸⁹, e nem só de outros enunciados dogmáticos (estes que igualmente teriam de ser fundamentados, e assim sucessivamente), em sua fundamentação, têm papel decisivo os argumentos práticos do tipo geral.

Assim, para que seja aceito, os juízos fundamentados pelo enunciado dogmático devem poder ser discursivamente justificados, em relação aos juízos a serem fundamentados pelo resto dos enunciados dogmáticos e das normas jurídicas. Em outras palavras, embora a argumentação dogmática não se reduza à argumentação prática geral, esta constitui a sua base. Citando Josef Esser, Alexy conclui que a argumentação dogmática pode ser vista como uma “abreviação da argumentação, a partir do conteúdo de justiça aceito consensualmente”, e que, como afirma Franz Wieacker, os enunciados dogmáticos estão “justificados, pelo menos nas sociedades modernas... por meio da força de convicção das alegações e dos resultados oferecidos”.²⁹⁰⁻²⁹¹⁻²⁹²

O uso dos precedentes, por sua vez, é fundamentado pelo princípio da universalidade, como exigência da justiça, enquanto concepção formal, de tratar os iguais de igual maneira. Como dois casos nunca são completamente iguais, é recorrente, na argumentação por precedentes, a discussão sobre o que deve ser considerado como diferença relevante no caso

²⁸⁷ Para o quarto e quinto grupo também vale o critério de demarcação do tipo pragmático. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 255.)

²⁸⁸ Alexy pontua, contudo, que é possível o que ele chama de *fundamentação dogmática pura*, a qual ocorre quando o enunciado dogmático não é posto em dúvida na discussão, o que o autor considera inclusive necessário, já que “nenhum dogmático pode fundamentar todos os enunciados dogmáticos em que se apoia para a discussão de seu problema”, sendo “um corolário do enunciado geral... que ninguém pode fundamentar tudo simultaneamente”. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 256.)

²⁸⁹ Aqui entra em jogo a clássica divisão entre *ser* e *dever ser*, já presente em Kelsen, cf. *supra* item “1.2.2”.

²⁹⁰ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 259-260.

²⁹¹ Alexy ressalta que o fato de os enunciados dogmáticos serem, em último termo, justificados por meio de argumentos práticos de tipo geral, não significa que a argumentação dogmática é prescindível. Para tanto, aponta seis funções por ela desempenhadas (estabilização, progresso, descarga, técnica, de controle e heurística) que justificam a sua utilização no discurso e evidenciam seu caráter racional. Alexy entende a Ciência do Direito como uma institucionalização estável do discurso prático, que torna possível ampliar as discussões práticas em aspectos temporais, pessoais e objetivos, aumentando, por decorrência, a consistência das decisões, o que é exigido pelos princípios da não contradição, universalidade e inércia, e permitindo maior admissibilidade e consideração de todos os argumentos, o que é exigido pela regra de razão. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 260-267 e 282-283.)

²⁹² ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 257-260.

para definir a aplicação do precedente. Outrossim, é possível que ocorra uma mudança na valoração do caso, que leve à não aplicação do precedente. Nesse caso, aplica-se o princípio da inércia de Perelman²⁹³, sendo exigido o respeito ao precedente, mas admitindo-se que este seja afastado desde que aquele que queira promover esse afastamento suporte a carga da argumentação respectiva, isto é, apresente razões suficientes para isso. Por conta dessa característica, como na dogmática, os precedentes cumprem uma série de funções²⁹⁴, dentre as quais se destacam a garantia da estabilidade e a contribuição à segurança jurídica. No âmbito da teoria do discurso, Alexy ressalta que a introdução da carga de argumentação limita a margem do discursivamente possível, o que vai ao encontro da exigência prática de consistência das decisões e do princípio da universalidade, devendo ser considerada, portanto, racional. Nesse contexto, quando não há como distinguir qual das propostas de solução é a correta, o fato de uma proposta já ter sido aplicada é, em princípio, uma boa razão para voltar a elegê-la, havendo uma presunção em favor do precedente, que pode ser afastada, desde que apresentadas razões para tanto.²⁹⁵

O uso de um precedente significa a aplicação da norma que decorre da decisão do precedente (*ratio decidendi*), havendo duas técnicas para que sua aplicação seja afastada em determinado caso. A primeira é a técnica do *distinguishing*, que visa, em suma, perceber as características distintivas do tipo da *ratio decidendi*, de modo que o precedente não seja aplicado ao caso a ser decidido, mas continue sendo respeitado. A segunda é a técnica do *overruling*, que, ao contrário, rejeita o precedente. Ambas devem ser fundamentadas, servindo, em especial, argumentos práticos de tipo geral.²⁹⁶

Assim, é possível concluir que, embora não seja sempre o único instrumento, a argumentação prática geral, em inúmeros casos, se mostra necessária para a fundamentação (1) das premissas normativas implicadas na saturação das diferentes formas de argumentos (cânones interpretativos), (2) da escolha de uma entre as diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) de enunciados dogmáticos, (4) dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente, dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. Com efeito, os

²⁹³ Sobre o princípio da inércia, cf. *supra* nota de rodapé 227.

²⁹⁴ Alexy menciona as funções de estabilização, de progresso e de descarga. A coincidência com a dogmática não se percebe apenas pelas funções do precedente, tendo-se em conta que vários enunciados dogmáticos, ao serem utilizados como razões em decisões judiciais, acabam também sendo incorporados em precedentes, o que acarreta uma coincidência de conteúdos. Todavia, o enunciado dogmático, ao ser incorporado pelo precedente, passa a adquirir uma força ilocucionária diferente dos enunciados da Ciência do Direito, pois as decisões judiciais não apenas comunicam propostas, mas também executam atos. (Cf. ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 269.)

²⁹⁵ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 267-270.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 270-271.

argumentos dogmáticos e os precedentes, por vezes, são suficientes para a fundamentação de um enunciado normativo, afastando, provisoriamente, a argumentação prática geral. Todavia, quando não há um argumento dogmático ou precedente correspondente, ou quando se questiona a sua utilização, o dever de fundamentação exige premissas normativas adicionais, sendo necessário, em última instância, argumentos práticos de tipo geral.²⁹⁷

Por tal razão, a despeito da existência de um procedimento limitado pelo ordenamento jurídico vigente, e de uma diminuição da área de incerteza normativa levada a cabo pelos argumentos dogmáticos e pelo uso dos precedentes, a questão de saber se é possível a escolha racional de uma das interpretações possíveis do direito vigente ainda permanece, tendo em vista que, ao final, o discurso jurídico ainda necessita de argumentos práticos gerais, sendo a sua base a argumentação prática geral. Em outras palavras, em que pese argumentação prática geral ocorra, no discurso jurídico, segundo formas especiais e sob condições especiais e que, por conta disso, as debilidades do discurso prático geral se amenizem no discurso jurídico, elas nunca podem ser eliminadas por completo.²⁹⁸

²⁹⁷ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 276-278.

²⁹⁸ ALEXY. Posfácio: resposta a alguns críticos. op. cit., p. 315-316.

CONCLUSÃO

O projeto de contrapor o positivismo de Hans Kelsen com o não-positivismo de Robert Alexy no plano da discricionariedade, apresentado na introdução, foi realizado. Agora, poder-se-ia perguntar até que ponto é possível concluir que a teoria do discurso e, mais além, a teoria da argumentação jurídica, podem ser consideradas como uma superação da ideia de discricionariedade kelseniana. Para tanto, e a título de fechamento, é importante ressaltar os fundamentos dispostos por Kelsen para justificar a ideia de discricionariedade na aplicação do direito.²⁹⁹

A ideia de discricionariedade, em Kelsen, está imbricada no seu conceito de *interpretação*. Para o autor, a interpretação é um ato de conhecimento, uma atividade científica e, portanto, de mera descrição do direito vigente. Tal concepção parte do pressuposto teórico do positivismo filosófico, que buscava livrar a ciência de ideias metafísicas (no caso da ciência do direito, da ideia de justiça ou de um valor moral tido como absoluto).

A interpretação jurídica está contida no processo de aplicação do direito kelseniano, pois este depende, antes de tudo, da fixação do sentido da norma a ser aplicada – é preciso conhecer o que a norma diz. Relembre-se que o processo de criação e aplicação do direito em Kelsen é visto a partir de uma estrutura escalonada de diferentes camadas dispostas hierarquicamente, em que a norma superior serve de fundamento de validade da norma inferior, tanto formal quanto materialmente. Nesse contexto, cada norma é, ao mesmo tempo, aplicação e criação de direito, em um processo de concretização ou individualização crescente. Assim, também a decisão judicial é considerada um ato de aplicação e de criação do direito, isto é, também possui um caráter constitutivo. O tribunal, ao aplicar a norma jurídica geral, cria uma norma jurídica individual, válida unicamente para o caso concreto. Isso se justifica, para Kelsen, pela existência de um espaço de abertura transitável no processo de criação da norma individual pelo juiz, verificado pelo fato de as normas jurídicas gerais estarem expressas em idioma humano e não conseguirem vincular em todas as direções e sob todos os aspectos o ato pelo qual é aplicada, muito por conta da ambiguidade e vagueza linguística do próprio enunciado, mas também porque frequentemente o caso concreto apresenta circunstâncias que a norma não previu e nem sequer poderia prever.

O espaço de abertura típico dos enunciados normativos resulta em uma não-univocidade do sentido da norma, uma indeterminação, na qual oferecem-se várias possibilidades de

²⁹⁹ Para maiores detalhes, cf. item “1.2.5” *supra*.

aplicação ou concretização. Assim, a interpretação jurídica, como atividade descritiva, fica limitada ao *conhecimento* das várias possibilidades de aplicação da norma geral. Na nomenclatura de Kelsen, a interpretação limita-se à fixação da moldura da norma a ser preenchida pelo aplicador. Todavia, se a interpretação não é capaz de fornecer uma única resposta para a determinação da norma, mas apenas indicar várias soluções possíveis, como pode o aplicador do direito fixar a norma individual correta para o caso concreto? Para Kelsen, isso não é um problema teórico, mas sim um problema de política do direito, pois não há nenhum critério ou medida que seja aferível, por meio de uma atividade científica, que possa determinar apenas um resultado da interpretação como correto. Dessa forma, toda tentativa de tentar indicar uma das alternativas como a única correta significaria impor ao direito positivo um ideal moral ou político, ou seja, mascarar um juízo de valor como se ato de conhecimento fosse.

Assim, se a solução para a indeterminação do direito não resulta do próprio Direito positivo, o qual, como visto, aceita diversas soluções possíveis de concretização, e não havendo qualquer critério ou método que possa guiar o aplicador na definição da norma a ser criada, cabe a este efetuar uma *escolha* entre as possibilidades reveladas pela interpretação de forma totalmente livre, segundo o seu *livre poder discricionário*. Nessa escolha, têm incidência juízos de valor que levam em consideração normas morais e de justiça, os quais, no contexto exposto pelo autor, são alheios ao direito positivo, constituindo o ato de vontade do aplicador.

A ideia de discricionariedade na aplicação do direito é, portanto, consequência lógica dos pressupostos teóricos da teoria pura do direito, que põem a escolha de uma das alternativas advindas da interpretação ao lado da ciência, pois não consideram a escolha feita pelo aplicador como algo racional. Tudo que vai além da mera descrição da norma e, assim, que possa envolver questões morais e de justiça, coloca-se ao lado da ciência e, assim, fica fora da interpretação, vista como método de conhecimento do direito positivo. Ou seja, são elementos externos ao direito que passam a ser considerados direito apenas a partir de ato de vontade, de um “querer” do aplicador do direito, restando a este, portanto, a autorização de escolher.

Nesse contexto, toda a teoria que pretende a superação da ideia de discricionariedade kelseniana, precisa enfrentar o problema da possibilidade de se fundamentar racionalmente juízos de valor, isto é, precisa apresentar um método suficiente para a revestir de racionalidade a escolha do aplicador que abarque questões morais e de justiça.

Analisando-se a teoria de Alexy, chegou-se à conclusão de que, embora a partir da teoria do discurso jurídico se pretenda garantir a racionalidade da justificação jurídica e moral, dispondo de um procedimento regado de avaliação dos argumentos dispostos pelos

participantes do discurso para justificar escolhas interpretativas, em inúmeros casos, o procedimento discursivo adotado leva apenas a uma correção relativa do resultado, no sentido de que admite regras contraditórias como corretas, pois discursivamente possíveis. Por conta disso, surge a pergunta: é possível falar em um ganho na adoção da teoria do discurso, em relação à teoria positivista do direito de Kelsen? Com base em Alexy, pode ser respondido o que segue.

A aplicação das regras do discurso, embora não leve à certeza na resposta de toda a questão prática, isto é, embora não alcance em todos os casos uma correção absoluta e definitiva, permite uma considerável redução da existência de irracionalidade na escolha da norma aplicável, o que basta para fundamentar sua adoção em discussões morais e jurídicas.³⁰⁰ Nesse sentido, considerando que uma discussão moral ou jurídica, via de regra, tem como objeto um conflito de valores ou interesses colidentes, uma determinação obtida a partir de argumentos dos pesos de tais valores é superior, sob o ponto de vista da racionalidade, do que uma determinação sem argumentos.³⁰¹

A partir do procedimento discursivo, é possível falar de ciência também no que concerne ao aspecto de abertura do direito, em especial, na aplicação do direito pela decisão judicial, pois não é a absoluta certeza ou segurança que constitui o caráter racional da ciência do direito, “mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras” propostas pela teoria do discurso e, mais além, pela teoria da argumentação jurídica. Se a discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como racional ou “correto”.³⁰² Dessa forma, fica vencida a crítica própria do ideal científico do positivismo filosófico, sendo, assim, o primeiro passo para uma superação da ideia discricionariedade na aplicação do direito.

Em oposição à crítica do relativismo moral, também própria do positivismo, pode-se dizer que o resultado do discurso é não só relativo nem só objetivo. De um lado, ele é relativo, na medida em que é condicionado pelas peculiaridades dos participantes e do contexto histórico dado. De outro, é objetivo, na medida em que depende da realização de um procedimento definido por regras.³⁰³ Isso significa que fica excluída a mera opinião³⁰⁴ ou decisão³⁰⁵, na medida em que entram em jogo argumentos e regras próprias a regular o procedimento

³⁰⁰ ALEXY. Posfácio: resposta a alguns críticos. op. cit., p. 308.

³⁰¹ ALEXY. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. op. cit., p. 102.

³⁰² ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 284-285.

³⁰³ ALEXY. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 82.

³⁰⁴ HECK, Luís Afonso. *A Pós-graduação de Direito no Brasil: discussão e oportunidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2019, p. 10, nota de rodapé 3.

³⁰⁵ HECK. Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. op. cit., p. 13, nota 12.

discursivo.³⁰⁶ Diante do exposto, pode-se, então, concluir que a atividade de *interpretação* jurídica, em Alexy, ganha em racionalidade.

Em Kelsen, partindo-se de seu ideal científico positivista, a atividade de interpretação limitava-se à descrição da norma geral, ou seja, à definição da moldura ou quadro das alternativas, sendo que a escolha entre uma delas, por não ser uma questão de conhecimento, não era abrangida pela interpretação como atividade científica, e ficava relegada ao poder discricionário do aplicador.

Em Alexy, com a previsão de um procedimento guiado por regras do discurso, cujo cumprimento é considerado um critério de racionalidade, a atividade de interpretação, ainda como atividade científica, portanto, adentra-se no espaço de indeterminação próprio da aplicação do direito, para guiar a escolha entre uma das alternativas possíveis. Isso é denominado de interpretação em sentido restrito (*sensu stricto*), que nada mais é do que uma afirmação sobre o que, em um sistema jurídico, é ordenado, proibido ou permitido. Como toda a afirmação, a afirmação resultado da atividade de interpretação também promove uma pretensão de correção e, por sua vez, uma pretensão de fundamentabilidade, o que leva à teoria do discurso e às regras do discurso prático. Nesse sentido, a interpretação também é argumentação, e não apenas descrição.³⁰⁷

Assim, com esse ganho em racionalidade da atividade interpretativa, em decorrência da exigência de fundamentação e da adoção de um procedimento guiado por regras, não há mais um poder propriamente *discricionário* na escolha das alternativas interpretativas possíveis dentro da moldura da norma geral, resultado da teoria pura de Kelsen e de seus pressupostos teóricos.

Com a adoção das regras do discurso e a exigência de seguimento de um procedimento, não se pode falar em *discricionariade* do aplicador, já que sempre haverá um dever de fundamentação ligado à pretensão de correção inerente à afirmação, bem como um critério racional para determinar se a decisão é ou não correta, *relativamente ao procedimento*.

No âmbito da teoria do discurso, como uma teoria moral procedimental, pode-se dizer que a adoção de uma das alternativas possíveis é racional – e não mais discricionária, no sentido kelseniano –, quando estão cumpridas as “condições do argumentar prático racional”, ou seja, quando são cumpridas as regras do discurso.³⁰⁸ Com isso, a teoria do discurso oferece um

³⁰⁶ ALEXY. Posfácio: resposta a alguns críticos. op. cit., p. 308.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. Interpretação Jurídica. in: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62-65.

³⁰⁸ ALEXY. Posfácio: resposta a alguns críticos. op. cit., p. 98-99.

critério para a racionalidade de processos de decisão e para a racionalidade das decisões nele produzidas,³⁰⁹ o que torna possível afirmar que ela pretende à superação da ideia de discricionariedade kelseniana.

³⁰⁹ ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica. op. cit., p. 286.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica. IN: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana. IN: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Direito e Moral. IN: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Interpretação Jurídica. IN: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Minha Filosofia do Direito: a Institucionalização da Razão. IN: *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Posfácio: resposta a alguns críticos. IN: Idem. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Problemas da Teoria do Discurso. IN: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Sistema Jurídico e Razão Prática, IN: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

_____. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. IN: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Uma Concepção Teórico-discursiva da Razão Prática. IN: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DUARTE, José Florentino. Palavras do Tradutor. IN: KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press, 1985.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Interpretação como Argumentação. IN: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: Escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

HECK, Luís Afonso. O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen. IN: Idem. *Direito Positivo e Direito Discursivo: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional Ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.

_____. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Nota do tradutor. IN: ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Posfácio. IN: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Harvard Law Review Vol. 10, 1897.

JAESTAEDT, Matthias. Introdução por Matthias Jaestaedt. IN: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979.

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

_____. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Tradução de Luis Legaz Y Lacambra, 1ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

_____. O Fundamento da Doutrina do Direito Natural. IN: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O que é a doutrina do direito pura? IN: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2017.

_____. O que é positivismo jurídico? In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht uns übergesetzliches Recht (1946), IN: idem. Rechtsphilosophie. 8ª ed. Stuttgart. IN: ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

TREVISAN, Leonardo Simchen. *Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e seus críticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.