

## **Hermenêutica jurídica, subjetivismo e discricionariedade. Duas perspectivas positivistas e uma possibilidade de compreensão.**

Legal hermeneutics, subjectivism and discretionary. Two perspectives positivist and a possibility of understanding.

Bruno Camilloto Arantes<sup>1</sup>  
Henrique Gonçalves Neves<sup>2</sup>

### **Resumo**

A Teoria do Direito contemporânea se depara (novamente) com um velho problema jurídico: qual a relação entre Direito e Moral? O positivismo jurídico, mormente aquele considerado como analítico (Kelsen, Hart e Bobbio) lança as bases para o desenvolvimento do positivismo inclusivo, exclusivo e do pós-positivismo. Nessa perspectiva, Radbruch desenvolve sua teoria dos fins do Direito enquanto Alexy propõem sua teoria da argumentação jurídica. A questão que se ergue, por fim, é a de saber se as teorias positivas de Kelsen e Hart são os pilares de toda crise de legitimação das decisões judiciais e, nesse sentido, responsáveis pela discricionariedade, ou, se elas apresentam algum suporte teórico válido para limitação da atividade hermenêutica.

### **Palavras-chave**

Hermenêutica Jurídica. Positivismo Jurídico. Kelsen. Hart. Radbruch. Alexy.

### **Abstract**

The contemporary theory of law faces (again) with an old legal problem: what is the relationship between law and morality? Legal positivism, especially one considered as analytical (Kelsen, Hart and Bobbio) lays the foundations for the development of inclusive and exclusive positivism and post-positivism. From this perspective, Radbruch develops his theory of the purposes of law as Alexy propose his theory of legal argument. The question arises, finally, is whether the positive theories of Kelsen and Hart are the pillars of every crisis of legitimacy of judicial decisions and, accordingly, responsible for discretionary, or if they have some valid theoretical support for limiting the hermeneutic activity.

### **Key-words**

Legal hermeneutics. Legal positivism. Kelsen. Hart. Radbruch. Alexy.

---

<sup>1</sup> Professor Assistente III de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Doutorando em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Gestão Pública e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Fundador do Instituto de Hermenêutica Jurídica - MG.

<sup>2</sup> Mestrando em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto-MG

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo tratará da relação entre discricionariedade e subjetivismo decorrentes do positivismo de Hans Kelsen e Hebert Hart buscando demonstrar que, ante a impossibilidade de se eliminá-las do Direito e da natureza humana, respectivamente, resta estabelecer perspectivas de controle e limite.

O artigo é estruturado em duas partes, sendo uma descritiva e outra analítica. Na primeira parte (tópico 2), faremos uma exposição descritiva das teorias de dois pensadores positivistas, considerados os mais importantes do séc. XX: Hans Kelsen e Hebert Hart. Em primeiro momento, introduziremos a teoria positiva de cada um tratando dos aspectos gerais com ênfase na validade jurídica. Em seguida explicaremos em que consiste a interpretação do direito na teoria kelseniana e a textura aberta do direito, na hartiana.

Finalizada a etapa descritiva do artigo, no tópico 3 realizaremos análise comparativa da teoria de Kelsen e Hart de modo a identificar os aspectos comuns relacionados à interpretação e à textura aberta, determinando-se, ainda, a ideia de discricionariedade e arbitrariedade que se utilizará no artigo.

O tópico 4 cuida das consequências decorrentes da discricionariedade, ou seja, a utilização do subjetivismo no momento de aplicação do direito. Nesse sentido, visamos demonstrar que o subjetivismo existente na atividade julgadora não é ilimitado, não apenas em razão da sua natureza, mas devido aos limites postos pelo próprio ordenamento jurídico. Aqui, utilizaremos a ideia de *relativismo* de Gustav Radbruch. Ao fim deste tópico, faremos uma conclusão preliminar do que até o momento foi tratado.

Continuando a análise crítica, apresentaremos no tópico seguinte a teoria jurídica de Robert Alexy como exemplo de uma teoria pós-positivista. Embora possam ser identificados aspectos descritos neste momento, eles fazem-se necessários para situar a teoria alexyana na discussão e demonstrar suas contribuições para o problema.

Ao final, concluiremos o trabalho demonstrando que a discricionariedade e o subjetivismo são aspectos inelimináveis do direito e da natureza humana, respectivamente. E asseverando a necessidade de que o controle da discricionariedade advenha tanto do ordenamento jurídico, quanto de teorias do conceito e aplicação do direito.

## 2 O POSITIVISMO JURÍDICO

A questão terminológica envolvendo o Positivismo talvez seja um dos pontos de maior complexidade quando do seu estudo. Ao referir-se a outros sistemas de conhecimento, com variações próprias, requer maior atenção quando da delimitação do que há de se chamar Positivismo Jurídico.

Importa apontarmos uma característica comum<sup>3</sup> e necessária as teorias positivistas: a separação entre Direito e Moral, ou seja, a validade de uma ordem jurídica positiva não depende da sua concordância ou discordância com o qualquer sistema da moral.

Sem desconsiderar a importância dos aspectos que distinguem o Positivismo Jurídico do Positivismo Filosófico ou do Positivismo Lógico, tomaremos como ponto de partida as teorias positivistas de Hans Kelsen e Hebert H. L. Hart.

Cabe ressaltar que a discussão envolverá aspectos específicos das teorias dos citados juspositivistas, as quais na consideração dos autores, embora, à primeira vista, possam parecer ser afastar, compartilham aspectos semelhantes.

Um dos fins visados por este trabalho é analisar os aspectos das teorias do direito de Kelsen e Hart relativos à discricionariedade e demonstrar que esta se, por um lado, os dois autores identificam que o Direito possui um grau de indeterminação, por outro, tal indeterminação não é absoluta possuindo, portanto, limites no próprio sistema jurídico.

### 2.1 O positivismo jurídico de Hans Kelsen

Como já dito, a abordagem acerca do positivismo kelseniano será pontual. Todavia, necessário se faz a apresentação de aspectos gerais considerados fundamentais para compreensão da teoria de Kelsen. A análise será centrada na principal obra do jurista austríaco: a *Teoria Pura do Direito*, especificamente, na segunda edição datada de 1960, que representa uma reelaboração em relação a primeira edição publicada em 1934.

---

<sup>3</sup> As generalizações e abstrações são necessárias em razão do espaço e tempo do presente trabalho. Contudo, entendemos que as mesmas podem sofrer críticas uma vez que as ideias trabalhadas podem ter compreensões diversas daquelas características trabalhadas especificamente nos argumentos gerais.

Nesse sentido, explicitaremos em que consiste a pureza do direito na teoria do direito de Hans Kelsen, passando para a questão da validade das normas jurídicas e para a norma fundamental. Em seguida, exporemos as ideias contidas no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, no qual é trabalhada a interpretação do direito.

### 2.1.1 A pureza

Encontra-se nas primeiras linhas do prefácio à primeira edição da *Teoria Pura do Direito* a explicação kelseniana da teoria jurídica pura que seria desenvolvida nas páginas seguintes. Assim, escreve Kelsen:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade do seu objeto. (KELSEN, 2009, p. XI).

E inaugurando primeiro capítulo intitulado *Direito e natureza*, escreve:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica. [...] Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2009, p. 1).

O que Kelsen pretende com a “pureza” é acabar com a confusão até então existente entre a Ciência Jurídica e a Psicologia, a Sociologia, a Ética e a Teoria Política, evitando “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do objetivo” (KELSEN, 2009, p. 2).

Assim, sua tarefa consistia em operar uma dupla depuração: (i) afastar da Ciência do Direito quaisquer valorações ético-políticas e (ii) evitar as influências sociológicas que não separavam o direito dos fatos sociais.

Como bem observa Mario Losano (2011, p. XIV), na premissa metodológica da *Teoria Pura do Direito* fundamenta-se uma doutrina que propõe a eliminação de qualquer juízo de valor na exposição do direito. Portanto, não é dever do jurista valorar o direito, mas apenas descrevê-lo, mantendo-se, diante do problema da justiça, uma atitude neutra, ou seja, indiferente. Logo, constatada a existência de determinada norma,

o jurista descreve seu conteúdo, sem discutir o valor de justiça em que ela se fundamentou, não introduzindo, pois, elementos valorativos no discurso jurídico.<sup>4</sup>

### 2.1.2 A estrutura da Teoria Pura

Waine Morrison, ao tratar do tema, dedica parte do seu estudo para descrever a estrutura da Teoria Pura. Segundo Morrison (2006, p. 391-3), Kelsen, em sua teoria jurídica, presume um sistema jurídico autônomo, autossuficiente e interligado de maneira lógica e sistemática, estruturados de maneira hierárquica.

Partindo da distinção entre “ser” e “dever”, Kelsen propõe uma ciência jurídica que tem por objeto o material normativo da ordem jurídica, sendo que o “ser” da sua concepção consistiria numa descrição das proposições de “dever-ser” (jurídicas, não morais). Logo, consiste a ordem jurídica num sistema de proposições de *dever-ser*.

As proposições de dever-ser são a expressão linguística do que Kelsen chamou de *norma*. O ato que ordena ou prescreve algo dirigido a uma conduta humana quer que este algo aconteça é um *ato de vontade*. Nesse sentido, pode-se concluir que:

o dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo. (KELSEN, 1986, p. 3)

Observa-se, pois, que o ato através do qual a norma é posta, é um ato de vontade de fixação desta norma. Assim, a norma posta torna-se válida, sendo sua validade entendida como específica existência.

Portanto, a norma válida ou existente estatui um *dever-ser*. Importando entender este dever-ser tanto como autorização quanto à permissão de uma certa conduta pela ordem normativa. (KELSEN, 1986, p. 3-4). Desse modo, dizer que uma norma é válida é dizer que ela possui força de obrigatoriedade para aqueles cuja conduta regula.

### 2.1.3 O fundamento de validade de uma ordem normativa

---

<sup>4</sup> Tal perspectiva coincide com a ideal científico das ciências naturais. O aprofundamento da relação entre a metodologia das ciências e o Direito pode ser conferida na obra **O Discurso Científico na Modernidade: O Conceito de Paradigma é Aplicável ao Direito?** do Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

O capítulo V da *Teoria Pura do Direito* é dedicado à abordagem do que Kelsen chamou de *Dinâmica jurídica*. Ele tratou de dois pontos principais: (i) a norma fundamental e a (ii) estrutura escalonada da ordem jurídica.

Como foge do objetivo deste trabalho aprofundar nos pontos citados, cabe apenas discorrer brevemente acerca da norma fundamental, que representa o fundamento de validade da ordem normativa na teoria kelseniana, sendo um dos principais alvos de crítica desta teoria.

Kelsen inicia o referido capítulo perguntando “por que é que uma norma vale, o que constitui o seu fundamento de validade?”. E inicia a resposta dizendo que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 2009, p. 215), considerando a norma que designa o fundamento de validade da outra uma norma superior em confronto com a norma inferior, ou seja, a norma fundamentada.

A partir daí desenvolve a explicação da validade das normas em uma ordem jurídica. Como uma norma superior representa o fundamento de validade de uma outra norma, deve haver uma norma que represente o fundamento de validade desta norma superior. Assim, conclui pela necessidade de uma regressão quando da busca pela norma superior que fundamenta a norma para a qual se busca fundamentação. Contudo, tal regresso não pode ser infinito, devendo terminar uma norma pressuposta, última e mais elevada, que fundamenta todas as outras. Por óbvio, que tal norma não pode ser posta por uma autoridade, caso em que, então, deveria haver uma norma superior a fundamentar o ato da autoridade.

A esta norma pressuposta, última e mais elevada, Kelsen nominou de norma fundamental, da qual emanaria a validade da ordem jurídica, não podendo ser posta em questão esta validade.

Assim, servem as palavras de Kelsen para concluir seu próprio raciocínio:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 2009, p. 217).

Kelsen segue afirmando que a validade de uma norma jurídica não é determinada pelo seu conteúdo, ou seja, pelo fato do seu conteúdo ser deduzido, por meio de um raciocínio lógico, do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas pela forma como esta norma é criada.

Assim, a norma fundamental de uma ordem lógica jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo, seja pressuposta como norma mais elevada da qual possam ser deduzidas normas de conduta humana através de uma operação lógica. Desse modo, pode-se considerar a norma fundamental como a instauração do fato fundamental da criação jurídica, sendo o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo. Portanto, uma determinada norma jurídica vale se, por meio de um processo de recondução, verificar-se que essa norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. (KELSEN, 2009, p. 221-2).

#### **2.1.4 A interpretação na Teoria Pura do Direito**

Kelsen define a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2009, p. 387). Observa-se, pois, que a interpretação é uma operação que, necessariamente, está conectada à aplicação direito e, portanto, de ocorrência constante e necessária, sendo o meio pelo qual é determinado o conteúdo da norma individual (inferior) resultante da aplicação de uma norma geral (superior). Assim, como o processo de aplicação de normas implica na criação de normas individuais e inferiores, é por meio da interpretação que se preenche o conteúdo dessas normas<sup>5</sup>.

O processo de interpretação é, nesse sentido, um processo que culmina na determinação do sentido de normas jurídicas. Dessa maneira, mesmo aqueles que não irão aplicar, mas observar as normas de forma a ajustar sua conduta ao comando legal visando evitar a sanção prevista, devem determinar o sentido dessas normas jurídicas, logo, também interpretam.

---

<sup>5</sup> Importa ressaltar que entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior há uma relação de determinação ou vinculação. Assim, a norma do escalão superior regula o ato de produção da norma de escalão inferior, ou o ato de execução. Nesse sentido, determina tanto o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, quanto o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. No entanto, não se deve perder de vista que a interpretação é imprescindível, sendo meio necessário para determinação do conteúdo da norma inferior.

Dáí decorre a divisão kelseniana entre *interpretação autêntica* e *interpretação não-autêntica*. A primeira é aquela realizada pelo órgão que aplica o Direito, já a segunda, por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica.

Segundo Kelsen, a relação de vinculação ou determinação entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior conduz tanto à regulação do processo em que a norma de escalão inferior é posta quanto à determinação do conteúdo dessa norma por meio do processo interpretativo. Contudo, bem observou que a norma de escalão superior não tem a capacidade de vincular totalmente o ato de determinação do conteúdo da norma de escalão inferior, restando uma margem de livre apreciação para o aplicador. Concluiu, pois, que “a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher este ato” (KELSEN, 2009, p. 388).

Kelsen prossegue esclarecendo que na aplicação do Direito há um *espaço de determinação* e um *espaço de indeterminação*, podendo este ser *intencional* ou *não-intencional*. Observem que o espaço de indeterminação intencional é previsto pela própria norma de escalão superior que estabelece uma margem de manobra do aplicador do direito para que este, assim, possa dar continuidade ao processo de determinação que constitui o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas.

Todavia, o espaço de indeterminação também pode ser não-intencional, decorrente da vagueza ou imprecisão da linguagem, que comporta uma pluralidade de significações para cada palavra ou sequência de palavras. Consoante Kelsen, “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante as várias significações possíveis” (KELSEN, 2009, p. 389).

Cabe-nos a transcrever trecho da *Teoria Pura do Direito* que sintetiza as ideias acima expostas:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura que representa direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades dentro desta moldura existente. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que [...] têm igual valor. [...] Dizer que uma sentença é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais, que podem



ser produzidas dentro da moldura de norma geral. (KELSEN, 2009, p. 390-1).

Como explicitado acima, para Kelsen, no momento de aplicação, a partir de um processo interpretativo, fixa-se uma moldura no interior da qual se encontram todas as possibilidades de conteúdos da norma jurídica a ser aplicada, cabendo ao aplicador escolher um dos vários conteúdos possíveis.

Importante questão surge quando Kelsen assevera que “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida a outra.” (KELSEN, 2009, p. 391). Segundo ele, todos os métodos de interpretação conduzem apenas a resultados possíveis, mas nunca a um considerado o único correto.

Observem, pois, que a interpretação na teoria kelseniana apresenta dois aspectos, podendo ser vista tanto como *ato de conhecimento* quanto como *ato de vontade*. É ato de conhecimento na medida em que se considera a fixação das várias possibilidades de significado dentro da moldura. É ato de vontade na medida em que o aplicador deverá fazer a escolha por um dos significados obtidos pela via cognoscitiva, a fim de determinar o sentido da norma jurídica, preenchendo-se a moldura que determinará o conteúdo da norma jurídica o significado escolhido dentre aqueles previamente conhecidos como possíveis.

A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. É importante salientar que Kelsen reconhece que, no processo de aplicação do Direito, a atividade cognoscitiva do órgão aplicador na criação do direito poderá levar em consideração normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais, interesse do Estado, dentre outros.

Segundo ele, a questão de saber dentre as várias possibilidades fixadas na moldura qual é a correta a ser aplicada é (i) uma questão de vontade, (ii) e que, também, estão envolvidos conhecimentos que não respeitam ao Direito Positivo, sendo pois (iii) um problema de política do Direito, e não de teoria do Direito.

O que mais impressiona na teoria interpretativa kelseniana é a asseveração presente nas últimas páginas da *Teoria Pura do Direito*. Nelas, Kelsen afirma a possibilidade de produção de uma norma jurídica fora da moldura fixada, o leva à dissolução das bases da sua teoria interpretativa, conforme se pode ler abaixo:

[...] pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza umas das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também **se pode produzir uma norma que se situe fora da moldura que a norma a aplicar represente**. grifo nosso. (KELSEN, 2009, p. 394).

Finalizando o exposto neste item, preliminarmente, pode-se concluir:

- a) a interpretação do Direito está vinculada necessariamente ao processo de aplicação;
- b) há duas espécies de interpretação: autêntica e não-autêntica;
- c) a interpretação é ato de conhecimento e ato de vontade;
- d) enquanto ato de conhecimento, fixa os vários significados possíveis dentro da moldura do ato jurídico a ser aplicado;
- e) enquanto ato de vontade, preenche a moldura mediante a escolha de um, dentre os vários significados possíveis;
- f) podem ser produzidas normas com conteúdo que se encontra fora daqueles fixados dentro da moldura.

Importa salientar que centramos nossa análise na interpretação autêntica, ou seja, aquela realizada pelo órgão aplicador do Direito. Logo, sempre que se referir à interpretação, deverá esta ser entendida neste sentido.

No próximo tópico trataremos do positivismo de Hebert H. L. Hart, em que será analisada a obra *O Conceito do Direito*, com ênfase no que foi chamado *open texture of law* ou *textura aberta do direito*.

## **2.2 O positivismo jurídico de Hebert H. L. Hart**

Segundo Wayne Morrison (2006, p. 417), a teoria do direito hartiana representa o apogeu do positivismo jurídico. Salienta-se que, no estudo desta teoria, no concentraremos na exposição (i) dos fundamentos do sistema jurídico hartiano e (ii) na textura aberta do direito.

### **2.2.1 O conceito de direito**

Hart considera o direito a *união de regras primárias e secundárias*. Em primeiro momento, essa curta definição mostra-se bastante simples, todavia seu entendimento reclama a determinação do conteúdo conceitual destes dois tipos de regras.

Entende-se por primárias as regras que expressam a exigência de que se faça ou se abstenha de fazer certas ações, quer queria ou não. Desse modo, tais regras impõem deveres e respeitam a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas. Já as regras secundárias asseguram que se possa criar, extinguir ou modificar regras de tipo primário, bem como determinar sua incidência ou fiscalizar sua aplicação. Portanto, são regras que atribuem poderes, públicos ou privados, tornando possíveis atos que conduzem à criação ou alteração de deveres e obrigações. (HART, 2007, p. 91).

Ponto importante da teoria hartiana refere-se ao *aspecto interno e externo* das regras, ou o ponto de vista do observador e do participante. Segundo Hart (2007, p. 98-9), “é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta”.

Aquele que se posiciona como observador pode afirmar que o grupo aceita regras e expor o modo como os membros do grupo estão afetados por elas, de um ponto de vista interno, sem, contudo, aceitá-las. Caso não se refira ao ponto de vista interno (mas apenas ao externo), o observador limita-se apenas a anotar tanto a regularidade dos comportamentos em conformidade com as regras, quanto das reações hostis, censuras ou castigos decorrentes do descumprimento das regras. Assim, a observação dessas regularidades, viabiliza-o correlacionar os comportamentos dos membros dos grupos, os desvios e as reações hostis.

Hart adverte da consequência do observador desconsiderar “o modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram seu próprio comportamento regular” (HART, 2006, p. 99). Esclarece que, desconsiderando o ponto de vista interno, suas observações não podem ser feitas em termos das noções de obrigações e dever, mas, tão somente, em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais.

É a partir daí que Hart apresenta o aspecto interno. Aquele que adota o ponto de vista interno (participante) entende a regra como um padrão de comportamento e uma obrigação. Tal ponto de vista é caracterizado pelas formas de expressão *tinha obrigação* ou *tens a obrigação*, formas estas características daqueles que se situam no ponto de vista interno e dele vêm a sua conduta e a das outras pessoas (do ponto de vista

interno). Nesse sentido, as regras funcionam como regras relativamente às vidas dos membros do grupo, ou seja, dos funcionários, juristas ou particulares que as usam como guias de conduta da vida social. (HART, 2006, p. 100).

Em seguida, cabe-nos, em breves linhas, tratar dos fundamentos de um sistema jurídico, dando-se ênfase na *regra de reconhecimento* e na *validade jurídica*.

O fundamento de um sistema jurídico é a situação em que uma regra secundária de reconhecimento é aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. Assim, a regra de reconhecimento concede às regras primárias o estatuto de direito, ou seja, um lugar no sistema jurídico vigente.

O que faz a regra de reconhecimento é estabelecer critérios mediante os quais é possível a identificação de regras válidas. Logo, “dizer que uma regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (HART, 2007, p. 114).

Contudo, há que levantar à questão: se a regra de reconhecimento (regra secundária) identifica as normas primárias pertencentes ao sistema jurídico e as valida, o que concede a validade da regra de reconhecimento?

Observem que, na maioria das vezes, a regra de reconhecimento não é enunciada, sendo sua existência manifesta na forma como as regras primárias são identificadas pelos tribunais, funcionários ou particulares. Desse modo, pelo fato de facultar os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, tem-se que a regra de reconhecimento é uma regra última e possuidora de um critério supremo. (HART, 2007, p. 117).

Hart esclarece que a supremacia de um critério de validade jurídica se constitui se “as regras identificadas por referência a ele (ao sistema jurídico) forem ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que estejam em conflito com regras identificadas por referência a outros critérios.” (HART, 2007, p. 117, acréscimo em parênteses nosso).

Como regra última tem-se que sua validade não decorre de uma outra regra. Cabe ressaltar que utilizamos a palavra *validade* para responder as questões em que o estatuto de uma regra como elemento do sistema está condicionado à satisfação de certos critérios facultados pela regra de reconhecimento. Logo, não há que se levantar questão relativa à validade para a regra de reconhecimento, posto que ela não deve satisfazer quaisquer critérios. (HART, 2007, p. 120).

Portanto, a regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. Ela “apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, funcionários e dos particulares, ao identificarem por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato.” (HART, 2007, p. 121).

Em síntese, Hart afirma a existência de uma cadeia de validade no sistema jurídico, na qual uma regra é válida se estiver de acordo com uma outra regra, que se valida por meio de uma sequência hierárquica de regras que termina no “topo”, em que se encontra a regra de reconhecimento. Contudo, tal regra não extrai sua validade de qualquer outra. Enquanto a validade das outras regras extrai sua validade internamente, no interior do próprio sistema; a existência da regra de reconhecimento, como já dito, é uma questão de fato, que se encontra na prática dos tribunais, das autoridades, de todos os membros do grupo. Logo, não há que falar da sua validade, mas, simplesmente, da sua existência.

Tecidas as considerações iniciais acerca da teoria positivista de Hart, julgamos cabível iniciar a exposição acerca da textura aberta do direito.

### **2.2.2 A textura aberta do direito**

Segundo Hart, “as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controlo social.” (HART, 2006, p. 137). Assim, a consequência da impossibilidade de comunicação de padrões gerais de conduta seria a inexistência do que hoje reconhecemos por direito.

Nesse sentido, tem-se adotado dois expedientes principais para comunicação desses padrões gerais de conduta: a *legislação* e o *precedente*, sendo que o primeiro faz uso mínimo de palavras gerais e o outro uso máximo. (HART, 2006, p. 137).

Contudo, Hart assevera que “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.” (HART, 2006, p. 139). Quanto aos cânones da linguagem, esses não podem eliminar as incertezas, mas tão-só diminuí-las, vez que se valem de termos gerais que, também, exigem interpretação.

Desse modo, nas palavras de Hart, “surge um fenômeno que se reveste da natureza de uma crise na comunicação” (HART, 2006, p. 140). Duvida-se quanto à que razões há de se adotar a favor ou contra o uso de um termo geral, dada à inexistência

uma convenção firme ou acordo geral sobre o uso destes termos. Tal situação apresenta-se, pois, como uma escolha entre alternativas abertas.

Desse modo, observa-se a existência de um âmbito de discricionariedade atribuída pela imprecisão e vagueza da linguagem. O que Hart denominou a *textura aberta do direito*:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, esses, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. (HART, 2006, p. 140-1).

Segundo MacCormick, Hart objetivava restabelecer a tese de que leis são genuinamente regras. Contudo, desejava contestar a visão formalista das regras jurídicas, criando uma teoria do direito que estivesse longe do formalismo<sup>6</sup>. Assim, sua estratégia foi atribuir a natureza de regras às leis, mas considerar as regras jurídicas como regras que deixam um “espaço considerável para a discricionariedade dos juízes e outras autoridades ao lidar com casos específicos” (MACCORMICK, 2010, p. 166-7).

Portanto, falar da imprecisão e da textura aberta das regras jurídicas é afirmar que estas não fundamentam totalmente a decisão de todo problema jurídico. Isto porque, como já se disse, as regras são estruturadas e enunciadas em linguagem ordinária pelo uso de palavras e termos gerais.

Considerando, então, a vagueza e imprecisão da linguagem das regras jurídicas, verifica-se a necessidade da interpretação para se determinar a aplicação de um texto geral a um caso concreto. Assim, resta vasto campo de discricionariedade ao aplicar do direito. No entanto, Hart ressalva que a escolha dos juízes não é cega e arbitrária, mas guiada pelas considerações de finalidade razoável das regras, de modo que a regra não pretende criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Admite, que uma decisão judicial “envolve frequentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente” (HART, 2006, p. 220-1), mas desconsidera que a moral sempre fornece uma resposta clara quando o significado do direito é objeto de dúvidas.

---

<sup>6</sup> Para aprofundar nas críticas de Hart ao *Formalismo* ver: capítulo VII da obra HART, H. L. A. O conceito de direito. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007; e capítulo 11 da obra MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. São Paulo: Elsevier, 2010.

Hart ressalta duas virtudes judiciais características e necessárias: imparcialidade e neutralidade. Destas decorrem a “consideração dos interesses de todos os que são afetados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão” (HART, 2006, p. 221). E, em seguida, afirma que a pluralidade de princípio demonstra a impossibilidade de uma decisão correta, mas a possibilidade de uma decisão aceitável, produto racional de escolha esclarecida e imparcial<sup>7</sup>.

Por fim, cabe citar o significado da textura aberta para Hart:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz de circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2006, p. 147).

### **3 A INTERPRETAÇÃO KELSENIANA E A TEXTURA ABERTA HARTIANA**

Após essa exposição descritiva nos ocuparemos de analisar a interpretação kelseniana e a textura aberta hartiana, objetivando identificar seus aspectos comuns, de modo a identificar o que elas compartilham.

Contudo, antes de iniciarmos, faz-se necessário tecer breves considerações acerca do poder discricionário e do poder arbitrário.

#### **3.1 Poder discricionário e arbitrariedade**

Inicialmente, cabe informar que utilizaremos a ideia de poder discricionário ou poder arbitrário relativo à aplicação da lei pelo poder judiciário. E sob esta perspectiva será construído nosso raciocínio.

Partiremos da abordagem de Ronald Dworkin (2002, p. 21-72) acerca do poder discricionário, constante na obra *Levando os Direitos a Sério*, especificamente no *Modelo de Regras I*, na qual ele desenvolve um conceito analítico de poder discricionário, entendido em dois sentidos: um fraco, outro forte.

---

<sup>7</sup> Neil MacComireck (2010, p. 165-177) afirma a existência de cânones ou *standards* de raciocínio jurídico que determinam quais são as justificativas satisfatórias para decisões judiciais quando a justificativa por simples dedução de uma regra jurídica e de fatos estabelecidos do caso é inaplicável, listando três: (i) princípio da justiça formal; (ii) avaliação das consequências da decisão judicial; e (iii) coerência da decisão com o sistema jurídico.

O poder discricionário em sentido fraco é subdivido em *primeiro sentido* e *segundo sentido*. Está-se a falar no primeiro sentido, quando os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo, assim, o uso da capacidade de julgar. Fala-se no segundo sentido quando algum funcionário público tem autoridade para tomar uma decisão em última instância e que não pode ser revista ou cancelada por nenhum outro funcionário. (DWORKIN, 2002, p. 51).

O poder discricionário em sentido forte relaciona-se aqueles assuntos nos quais ele não está limitado pelo padrão da autoridade em questão. Ou seja, cabe ao aplicador do direito escolher, sem qualquer controle ou vínculo de decisão.

Respeitadas, embora contrariado o entendimento dworkiano<sup>8</sup>, consideraremos o poder discricionário em sentido forte como um poder arbitrário, tendo em vista sua desvinculação a qualquer *padrão externo*<sup>9</sup> no processo de decisão. Desse modo, atua com arbitrariedade aquele que decide considerando tão-somente seus *padrões internos*<sup>10</sup> como critérios de julgamento, mesmo sendo estes por ele chamados de *equidade, considerações de justiça* ou *bom-senso*<sup>11</sup>.

### 3.2 Hans Kelsen e Hebert Hart: aspectos comuns

Analisando o exposto nos itens 2.1.4 e 2.2.2, deve-se reconhecer que a interpretação kelseniana e a textura aberta hartiana conduzem ao surgimento de um poder discricionário (em sentido fraco).

Isto se afirma considerando que:

---

<sup>8</sup> Dworkin (2002, p. 53-4) ressalta que o poder discricionário em sentido forte não é licencioso e acrítico, tampouco pressupõe um funcionário público com livre decisão sem recorrência a padrões de bom senso e equidade. Esclarece que, apenas, a decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular.

<sup>9</sup> Entende-se por *padrão externo* as normas, regras ou princípios, leis ou precedentes, etc., ou seja, qualquer padrão exterior ao julgador, que o vincula e estabelece limites à sua atividade julgadora.

<sup>10</sup> Entende-se por *padrão interno* as convicções morais, éticas, o bom-senso, a equidade, as considerações de justiça do julgador, enfim todos os aspectos que lhe é de escolha livre, não-vinculada.

<sup>11</sup> Hans Kelsen, em sua obra *A Democracia*, entende que tais elementos estão sujeito a uma concepção filosófica chamada relativismo filosófico, que “insiste em uma clara separação entre realidade e valor e faz uma distinção entre proposições sobre a realidade e juízos de valore genuínos que, em última instância, não são baseados em um conhecimento racional da realidade, mas nos fatores emocionais da consciência humana, nos desejos e temores do homem. Uma vez que não remetem a valores imanentes a uma realidade absoluta, não podem estabelecer valores absolutos, mas apenas relativos”. (KELSEN, 2000, p. 165).



a) em Kelsen, resta ao aplicador do direito a discricionariedade na escolha (ato de vontade) de uma norma que preencherá a moldura dentro da qual se encontram várias possibilidades estabelecidas pelo Direito a aplicar (mediante ato de conhecimento); sendo que o direito não estabelece critérios para essa escolha, a qual é feita de forma livre pelo aplicador;

b) em Hart, resta ao aplicador a discricionariedade na escolha de conteúdos que eliminem a imprecisão e a vagueza da linguagem das regras jurídicas; sendo que estar na textura aberta implica a necessidade de utilização de razões não- jurídicas.

Observamos, contudo, que, em ambas as teorias, o aplicador vincula-se ao Direito quer seja na moldura que seja na textura normativa. Em Kelsen, ante a escolha de uma norma que se encaixa em uma moldura pré-estabelecida; e em Hart, ante a necessária observância do texto da regra que, embora vago e impreciso, baliza a determinação do conteúdo da decisão.

Todavia, surge um problema no momento em Kelsen aceita que a escolha de uma norma fora da moldura pré-estabelecida<sup>12</sup>. Nesse momento, entendemos que os aspectos externos de julgamento são dissolvidos, restando somente os aspectos internos como critérios para decisão (escolha de uma norma para preenchimento da moldura). Nesse sentido, é forçoso concluir que a discricionariedade se modifica passando, então, a ser caracterizada em seu sentido forte. Contudo, por outro giro, a constatação de Kelsen em relação a decisão fora dos limites da moldura, com a equiparação da atividade do Judiciário à atividade do Legislador, nos parece ser uma constatação fática de que é possível que pessoas (juízes) decidam fora da(s) moldura(s) do ordenamento jurídico. Isso, contudo, em nosso entendimento, não inviabiliza a proposta kelseniana.

Ressaltamos, no entanto, que não será aprofundado o questionamento acerca da discricionariedade ou arbitrariedade presente em ambas as teorias, buscando contrapô-las. Um dos aspectos visados é demonstrar que, embora pareça que a amplitude do poder discricionário existente se apresenta como terreno fértil para o desenvolvimento e exercício do subjetivismo irrestrito dos aplicadores do direito, esse subjetivismo não está ausente de limites, tanto em razão da sua própria natureza, como será visto a seguir,

---

<sup>12</sup> Não desconsideramos que também há um problema que diz respeito a escolha dentro da moldura que pode ser percebido na discussão que domina o cenário nacional contemporâneo e que diz respeito se é possível alcançar a resposta correta aos conflitos apresentados ao Direito para (re)solução.

como em razão da ordem jurídica conter, em seu próprio corpo normativo, aspectos de controle e limite para a atividade julgadora<sup>13</sup>.

Esse será o tema que trataremos no tópico a seguir, sendo estudados o subjetivismo e o relativismo. Quanto a este último, serão de extrema importância para nossa exposição as concepções teóricas de Gustav Radbruch.

#### **4 SUBJETIVISMO E RELATIVISMO**

Até o momento, descrevemos as considerações teóricas envolvendo a interpretação kelseniana e da textura aberta hartiana e demonstramos a semelhança de família destas teorias: a discricionariedade.

À primeira vista, aparenta correta a tese que defende que a discricionariedade possibilita um exercício irrestrito do subjetivismo dos julgadores, que podem se valer exclusivamente de padrões internos como baliza do seu julgamento, afastando-se das razões jurídicas<sup>14</sup>.

O caráter aberto da linguagem exige uma postura interpretativa do julgador<sup>15</sup>, bem como os fatos que a ele são submetidos à apreciação requerem interpretação, a qual é feita, também, mas não apenas, à luz dos padrões internos. No entanto, não se pode desconsiderar a necessidade de observância de que a própria linguagem cria perspectivas externas ao intérprete, mediadas por uma razão dialógica tanto no processo interpretativo quanto no decisório.

Mas, quando falamos de subjetivismo, devemos entender que afirmar sua existência e seu caráter ineliminável, não pode conduzir à afirmação de que um ponto de vista moral não pode ser submetido à predicação de certo/errado. Aqui, não está se falando de juízos de preferência ou gosto, mas de posturas alicerçadas nas convicções dos indivíduos que devem se apresentar racionalmente através de um debate público.

---

<sup>13</sup> Apesar dos pontos em comuns nas teorias de Kelsen e de Hart o segundo está diretamente influenciado pela filosofia da linguagem de Austin que referencia a perspectiva da teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein. Essa diferença deve ser levada em consideração quando se passa para análise da hermenêutica jurídica contemporânea especialmente no que diz respeito ao controle judicial (de constitucionalidade inclusive) das decisões proferidas. Contudo, conforme alertado na introdução, o objetivo do trabalho esta voltado para a demonstração das semelhanças de família entre os dois autores.

<sup>14</sup> Tal argumento se encontra nos marcos da filosofia transcendental kantiana compreendida, em linhas gerais, como filosofia do sujeito.

<sup>15</sup> Podemos compreender que, para além da textura aberta de Hart, a própria compreensão da linguagem, como condição de possibilidade do conhecimento humano, é que exige, enquanto existencial do ser, uma postura hermenêutica do ser humano.

Não se pode perder que vista que este subjetivismo não deve ser encarado como a imunidade da postura moral do indivíduo à predicação do certo/errado<sup>16</sup>.

As atitudes morais podem ser corroboradas ou refutadas por razões que devem se mostrar plausíveis num procedimento argumentativo. É inegável a existência de um pano de fundo (tradição) na qual as razões (argumentos) estão inseridas, e este viabiliza a existência de posturas morais bem como a possibilidade de discussão quanto ao seu acerto ou erro (WILLIANS, 2005, p. 27).

O que se está a afirmar é que as posturas subjetivas do homem estão necessariamente conectadas à sociedade na qual este se insere e dela extraem sua validade.

Portanto, pode-se perceber que o subjetivismo está ligado à postura individual, ou seja, à utilização de padrões internos como critérios para interpretação e aplicação do direito. Deve-se ressaltar, contudo, que esses padrões internos não são ilimitados, pois buscam seu fundamento nos pressupostos da sociedade na qual o aplicador está inserido (tradição). Portanto, estão sempre sujeitos a exame de validade.

Todavia, o contexto social, por si só, não ajuda na reflexão do problema, motivo pelo qual invocamos as concepções de juízos de *valor jurídico*, de *fim do direito* e de *relativismo* expostos na *Filosofia do Direito* de Gustav Radbruch com vistas a dar tratamento mais sofisticado à questão.

Radbruch (1997, p. 52) entende que a contemplação científica dos valores demonstra o que se pode e se quer; mas, não o que se deve. Embora, a ciência possa ensinar os meios indispensáveis para a consecução dos fins que se deve procurar.

Além de auxiliar na busca dos meios que devem ser adotados para se atingir os fins propostos, Radbruch (1997, p. 53) entende que a ciência ainda pode não só extrair do *juízo de valor jurídico* a noção de meios, mas “esclarecer esse juízo numa direção oposta, analisando-o à luz dos seus últimos pressupostos filosóficos dentro de determinada concepção do mundo e da vida”.

Assim, sempre que um aplicador adere a um determinado fim jurídico, necessariamente deverá aceitar “não só os meios ligados a esse fim por um vínculo de necessidade causal, como ainda o sistema de valorações, ou juízos de valor, ligados por ele por um vínculo de necessidade lógica” (RADBRUCH, 1997, p. 54).

---

<sup>16</sup> A predicação certo/errado deve se entendida no sentido de conformidade com pressupostos compartilhados por uma dada sociedade no seio de uma tradição que surge e é constituída pela linguagem.

Deve-se ressaltar que os valores jurídicos estão previstos e contidos em um sistema, o qual se chama *ordenamento jurídico*. O ordenamento elege fins que devem ser perseguidos e atingidos, sendo que conectados a estes se encontram valores reputados por ele importantes, os quais devem ser tutelados e atingidos<sup>17</sup>. Frisa-se que os fins do direito estão presentes no sistema jurídico em sua totalidade, tanto na legislação constitucional quanto na infraconstitucional.

Portanto, o fim do Direito e os valores jurídicos estão contidos no próprio Direito e são expressos pelas normas que compõem um determinado sistema jurídico. Considerando a liberdade do indivíduo na escolha destes valores, Radbruch refere-se a um método que tem por nome relativismo, que assim pode se definido:

E chama-se *relativismo*, por que se propõe precisamente estabelecer a legitimidade de todos os *juízos de valor* apenas com relação a outros juízos superiores da mesma natureza, dentro do quadro duma certa concepção de valores e do mundo, e não a legitimidade absoluta de quaisquer valores ou de quaisquer concepções do mundo em si mesmo. (RADBRUCH, 1997, p. 55-56).

Cabe-nos considerar que Radbruch entende que a legitimidade dos juízos de valores está na relação de um com outros superiores no interior de um mesmo sistema. Quer dizer, a legitimidade reside nas relações hierárquicas dos valores jurídicos que constituem um dado sistema jurídico. E nisso constitui o *relativismo*. Ou seja, os valores não possuem legitimidade absoluta, mas relativa à sua relação com os outros que com ele formam uma dada concepção de valores e do mundo<sup>18</sup>. Observem, pois, que um valor considerado legítimo em um dado sistema jurídico é passível de ser considerado ilegítimo em outro sistema jurídico.

E para que servem as considerações radbruchianas acerca do valor jurídico, do fim do direito e do relativismo? Bem, a aplicação do direito é atividade que deve se relacionar, primeiramente, à tomada de consciência do fim do direito que deve ser

---

<sup>17</sup> A título de exemplo pode-se tomar o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assim dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>18</sup> Podemos verificar novamente que a razão (argumentação) sobre os valores jurídicos deve se legitimar através de um debate público (diálogo) construindo, assim, os sentidos intersubjetivos para os respectivos valores jurídicos.

perseguido, preservado e atingido, para que, uma vez determinado o fim, possam ser aceitos os meios para consecução do fim e do sistema geral de valores que ali estão envolvidos.

Portanto, é a partir da determinação do fim, do conhecimento dos meios adequados e necessários e dos valores envolvidos que se torna possível ocupar o papel de aplicador do direito. Observem que esta observância é condição para aplicação razoável das normas jurídicas.

Desse modo, tais considerações servem para demonstrar que a atividade de aplicação do direito possui limites. E estes limites, construídos linguisticamente no seio da tradição, estão contidos no próprio ordenamento jurídico, expressos na Constituição e na legislação infraconstitucional, que dão contornos à aplicação do direito<sup>19</sup>.

#### **4.1 Conclusão preliminar**

O caminho que percorremos até o momento nos possibilita concluir que o subjetivismo relacionado à discricionariedade na aplicação direito não conduz, necessariamente, à aplicação arbitrária da lei que considera exclusivamente os padrões internos do julgador. Compreendemos, contudo, que ao contrário dessa ótica (aplicação arbitrária) onde há um espaço de escolha do julgador exercer sua liberdade de julgamento, a própria linguagem, inserta na tradição, coloca limites à atividade hermenêutica informando que o julgador é um ser-aí em constante diálogo com o mundo (também construído linguisticamente).

Portanto, é inegável a restrição ao exercício do subjetivismo do julgador que encontra seus limites nos pressupostos compartilhados na sociedade sujeitando-se à análise de certeza e de validade sua própria compreensão.

Ainda, o dever de observar e cumprir os fins do direito vincula o processo de decisão, uma vez que tais fins encontram-se estabelecidos no próprio sistema jurídico, sendo dever do julgador sua observação e consecução.

As considerações acima demonstram que o próprio ordenamento jurídico apresenta cerceia a atividade de aplicação das suas normas jurídicas, de modo a balizar o exercício da discricionariedade e evitar a arbitrariedade.

---

<sup>19</sup> Citamos como exemplo as normas constantes nos arts. 5º, XXXV, e art. 93, IX, da CR88 e art. 458 do CPC.

No entanto, a partir da década de 1970, surgiram diversas teorias que inovaram a estrutura teórica juspositivista introduzindo um conceito de norma jurídica enquanto gênero, dividida em duas espécies: regras e princípios. Estas teorias deram importantes contribuições para a Teoria do Direito, que passaram a ser conhecidas por teorias *pós-positivistas*.

Neste artigo, optamos por apresentar a teoria do direito de Robert Alexy, não por considerá-la a melhor ou mais adequada, mas em virtude da ideia de razão procedimental e discursiva por ela introduzida no Direito. Tal teoria não será esmiuçada, mas apresentada em linhas gerais, com vistas a demonstrar sua importância nessa discussão.

## 5 A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy é professor Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade Christian Albrechts, em Kiel, Alemanha. Na década de 1970, publicou sua tese de doutorado intitulada *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. A tese principal desta obra é que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral – a tese do caso especial. Segundo Alexy (2008a, p. 210-1), isto se fundamenta (i) na referência das discussões a questões práticas, (ii) na discussão dessas questões sobre o prisma da pretensão de correção e (iii) nas condições de limitação a que a discussão jurídica é submetida.

Alexy (2008a, p. 49), logo na introdução dessa obra, diz que adotará a tese da integração<sup>20</sup> que versa sobre a “possibilidade de que o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais”.

Adotar a tese da integração implica aceitar na argumentação jurídica argumentos práticos gerais, que nada mais são do que argumentos morais, éticos e pragmáticos<sup>21</sup>. Desse modo, Alexy aceita no processo de justificação jurídica argumentos de natureza não-jurídica ou não-autoritativa.

---

<sup>20</sup> Ver: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008. p. 48-49.

<sup>21</sup> Ver: ALEXY, Robert. *La tesis del caso special*. in: *Isegoria*/21, 1999, pp. 23-35.

Devemos ressaltar que Alexy classifica sua teoria como não positivista, uma vez que adota a tese da vinculação<sup>22</sup>, a qual determina que o conceito de direito deve ser definido de modo a conter elementos morais, ou seja, ele defende uma conexão necessária entre Direito e Moral (ALEXY, 2009, p. 4).

A proposta da argumentação jurídica é o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras para garantir a segurança jurídica e assegurar a constituição do caráter racional da Ciência do Direito. (ALEXY, 2008a, p. 279). Com sua teoria, pode-se afirmar a introdução da razão procedimental e discursiva no processo de justificação jurídica.

Na década de 1980, Alexy conclui sua habilitação do doutorado com a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Destacamos o capítulo 3, intitulado *A estrutura das normas de direitos fundamentais*, no qual é trabalhada a estrutura e distinção das regras e princípios<sup>23</sup>.

Na teoria da argumentação jurídica alexyana deve-se observar que, sua conexão com todos os elementos do discurso jurídico, possibilita a realização da correção do ideal de racionalidade discursiva no Direito.

O conceito de direito de Alexy é caracterizado por uma dualidade: o direito apresenta uma dimensão real e outra ideal. Fala-se em dimensão real quando se participa do caráter autoritativo ou institucional do Direito que pode ser observado no papel que as razões autoritativas desempenham nos argumentos jurídicos e no marco institucional do raciocínio jurídico.

Noutro giro, fala-se em dimensão ideal ou discursiva do Direito quando surge a necessidade da discursividade compreendida para além da estrutura silogística de subsunção e mais que a mera execução do autoritativo surgindo, assim, a mencionada textura aberta do Direito (ALEXY, 1999, p. 24).

Ocorre que Alexy afirma o papel e a importância das razões autoritativas na argumentação jurídica, as quais conduzem às decisões definitivas nos âmbitos dos Tribunais. Contudo, ele salienta a conexão do raciocínio jurídico à dimensão discursiva do direito, a qual se origina da textura aberta, na forma da concepção hartiana.

---

<sup>2222</sup> Contraposta à tese da vinculação é a tese da separação, que determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. (ALEXY, 2009, p. 3).

<sup>23</sup> Segundo Alexy (2008b, p. 90-1), “regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” “Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”

Portanto, Alexy reconhece a discricionariedade e dela deriva (como necessário) o caráter discursivo e ideal do Direito. Nesse sentido, vê-se na argumentação jurídica alexyana um procedimento de limitação da discricionariedade por meio da justificação racional das decisões jurídicas.

Ainda, cabe tratar da concepção de norma jurídica e suas consequências na aplicação do direito. A estrutura distinta de regras e princípios conduz a formas de aplicação distintas, e por consequência também ao modo de resolução de conflitos.

Os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes (mandamentos de otimização). Deve-se observar a possibilidade de que sua realização seja impedida pela realização de outro determinado princípio. Estes casos são chamados de *colisão* entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, conhecido no meio jurídico brasileiro por *regra da proporcionalidade* (SILVA, 2003, 610-1).

As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso de conflito entre regras, resolve-se com a invalidade de uma e aplicação da outra (SILVA, 2003, 610-1).

Desta distinção, pode-se concluir que as regras possuem um conteúdo específico, enquanto nos princípios este é geral. Assim, sendo o ordenamento jurídico constituído por princípios e regras, conclui-se que, no momento de aplicação do direito, deve-se observar não somente as regras, mas também os princípios. Os quais devem nortear a interpretação e aplicação do Direito, servindo, pois, de limite e restrição à atividade julgadora.

Portanto, a teoria de Alexy pode ser vista como a tentativa de racionalização da aplicação do direito. Observem que há um duplo aspecto controlador da atividade jurídica:

- a) o julgador não somente deve se ater às regras no momento de decidir, mas também aos princípios. Considerando a estrutura de ambos, pode-se verificar que esta estruturação e natureza das normas jurídicas, por si, impõem restrições e limites à atividade julgadora.
- b) como o processo de justificação jurídica é racional, sendo a decisão jurídica fundamentada com base nas regras da argumentação jurídica, é notável o limite e controle das decisões, as quais estão submetidas à observância e cumprimento das regras e critérios estabelecidos.



## 6 CONCLUSÃO

Como arremate deste artigo, propomos uma reflexão acerca da aplicação do direito pelo Poder Judiciário, órgão estatal encarregado de apreciar e decidir as demandas sociais a eles submetidas.

Como anunciado na introdução, na primeira parte expusemos a teoria positivista de Hans Kelsen e Hebert Hart e, após apresentarmos a interpretação do primeiro, e a textura aberta do segundo, demonstramos que estas teorias se aproximam na decorrência de um campo de discricionariedade para o aplicador do direito, o qual encontra espaço para exercício da sua subjetividade no momento de escolha do conteúdo do direito a aplicar.

Na segunda parte, argumentamos que o subjetivismo encontra na linguagem e na tradição as condições de possibilidade que balizarão as ideias de certeza e validade do sentido. Vale lembrar que no ordenamento jurídico estão contidos *fins do direito* e *valores jurídicos* e que a construção do sentido destes, por meio de uma razão dialógica a partir da linguagem e inserida na tradição, mostra-se como limitadores da discricionariedade judicial.

Portanto, a própria natureza da subjetividade e o ordenamento jurídico, enquanto sistema de normas jurídicas que estatuem fins e valores, objetivam a aplicação do direito, de modo a reduzir o grau de discricionariedade dos julgadores.

Apresentamos, também, a teoria do Direito de Robert Alexy como exemplo de uma corrente do pensamento jurídico chamada *pós-positivismo*. O objetivo foi demonstrar que esta teoria rompeu com a tese da separação positivista (a qual defendia a separação entre Direito e Moral), defendendo a tese da vinculação (que defende uma conexão necessária entre Direito e Moral).

Além disso, a proposta alexyana de racionalização da justificação das decisões judiciais por meio da argumentação jurídica, bem como a consideração da norma jurídica como gênero que se especifica em regras e princípios, com estrutura e modo de aplicação distintos, possibilitou a estruturação teórica do Direito e da sua aplicação de modo a constituir uma forma racional de controle a discricionariedade da atividade julgadora.

Entendemos que a discricionariedade (concebida na perspectiva fraca) que surge no momento da aplicação é inerente ao próprio Direito, constituído enquanto sistema de

normas que se expressam por meio da linguagem que, como observado por Hart, possui caráter aberto, o qual necessita ser “fechado” no momento da aplicação.

Considere-se, também, que a característica marcante das normas é a generalidade, constatável no seu próprio texto legal que deve ser geral. Contudo, essas normas são aplicadas em situações concretas, o que demanda análise e interpretação não só do seu texto, como dos aspectos fáticos envolvidos. Assim, a subsunção, em inúmeros momentos, mostra-se insuficiente para a “correta” aplicação do direito. É nesse momento, com Alexy, que o caráter discursivo ou ideal do Direito se mostra proeminente e necessário. E é, também, nesse momento, que se torna possível o adentramento de razões não-autoritativas ou não-institucionais no processo de justificação jurídica.

Por óbvio que a subjetividade e a discricionariedade (fraca) são inelimináveis em dois sentidos: primeiro por que aquela é inerente à natureza humana, segundo porque está é consequência do próprio Direito.

Em defesa do positivismo kelseniano e hartiano, entendemos que aceitar a utilização de padrões internos na aplicação do direito na teoria jurídica destes positivistas, não apresenta contradição em relação à tese positivista da separação entre Direito e Moral, posto que esta se relaciona com a validade formal do direito, e não ao seu conteúdo. A postura do julgador em escolher uma norma dentre as várias possibilidades previstas na moldura ou a superação da vagueza e imprecisão da linguagem na aplicação da regra não a torna inválida. A estrutura de validação das normas de um ordenamento positivo é lógica, e essa logicidade que não pode ser descumprida. Ao nosso modo de ver, Kelsen e Hart reconheciam a dimensão subjetiva inerente à aplicação e interpretação, e desse conhecimento, surge a interpretação como ato de conhecimento e ato de vontade e a textura aberta do direito.

Esperamos que o nosso objetivo, ao final deste artigo, tenha sido atingido. Objetivamos demonstrar que a discricionariedade (fraca) na aplicação do direito é inerente à própria estrutura jurídica, decorrente da generalidade das normas jurídicas. E ressaltar a necessidade de que tanto o ordenamento jurídico, em sua própria estrutura sistemática e normativa, como os cientistas do direito, por meio da sistematização teórica, constituam instrumentos de controle, limite e restrição à discricionariedade que se relaciona à aplicação do direito, pois, como bem observado por Hart, “vivemos em

meio a incertezas dentre as quais devemos escolher, e que o Direito existente impõe limites à nossa escolha, mas não a própria escolha<sup>24</sup>”.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** 2ª ed. reimpressão. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la argumentación jurídica.** 2ª ed. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008b.

\_\_\_\_\_. **Conceito e validade do Direito.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008c.

\_\_\_\_\_. La tesis del caso especial. *in: Isegoria/21, 1999*, pp. 23-35.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico na Modernidade: O Conceito de Paradigma é Aplicável ao Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** 5ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

\_\_\_\_\_. **The concept of Law.** Second edition. London: Oxford, 1994.

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

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

\_\_\_\_\_. **A democracia.** 2ª ed. Tradução de Vera Barkow e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça.** 5ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

---

<sup>24</sup> HART, Hebert. O positivismo e a Separação entre Direito e Moral. *in: Ensaio sobre teoria do direito e filosofia.* São Paulo: Elsevier: 2010, p. 53-97

LOSANO, Mario. Introdução à edição italiana de O problema da justiça. **in:** KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. São Paulo: Elsevier, 2010.

MORRISON, Waine. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amando, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. *in:* Revista dos Tribunais 798, 2002, p. 23-50.

\_\_\_\_\_. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *in:* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, p. 607-630.

TRAVESSONI, Alexandre Gomes. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2ª ed. ampliada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WILLIAN, Bernard. **Moral: uma introdução à ética**. Tradução de remo Mannarino Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.