

Por uma Teoria Pura dos Princípios

(A Farsa do Neoconstitucionalismo,
os Limites de uma Teoria sobre o
Direito e o Caminho para uma
Prática Jurídica Consistente)

Towards a Pure Theory of Principles
(the lies of neoconstitutionalism, limits
of a Legal Theory, and the path to a
consistent Legal Practice)

Rodrigo Borges Valadão

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Público pela FGV/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ). Doutorando em Teoria do Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha. Advogado no Rio de Janeiro

“Se fui capaz de ver mais longe foi apenas porque eu estava apoiado sobre os ombros de gigantes.”

Isaac Newton

RESUMO: Na Teoria do Direito brasileira, o Pós-Positivismo (ou Neoconstitucionalismo) é uma espécie de discurso único. Construído sobre uma caricatura de seu antecessor, o Pós-Positivismo não apresenta soluções consistentes para os problemas do Positivismo Jurídico. Na verdade, acaba sendo um grande retrocesso ao Direito Natural, apresentando exatamente os mesmos problemas que o Positivismo Jurídico, há mais de um século, esforçou-se

para corrigir. Uma prática jurídica democrática não pressupõe o “abandono” do Positivismo Jurídico. Ela somente pode ser feita “a partir” dele.

PALAVRAS-CHAVE: Problemas do Pós-Positivismo. Positivismo Jurídico. Prática Jurídica

ABSTRACT: In Brazilian jurisprudence, Post-Positivism (or Neoconstitutionalism) is a kind of unique discourse. Built on a caricature of its predecessor, Post-Positivism does not offer consistent solutions to the problems of Legal Positivism. In fact, it ends up being a great retrocession to Natural Law, presenting exactly the same problems that Legal Positivism, more than a century ago, struggled to correct. A democratic legal practice does not presuppose “leaving aside” Legal Positivism. It can only be made “from” it.

KEYWORDS: Problems of Post-Positivism. Legal Positivism. Legal Practice

NOTA PRÉVIA: A TEORIA PURA DO DIREITO E SEUS INIMIGOS

Verifica-se no discurso jurídico brasileiro um fenômeno bastante curioso, que nestas páginas convencionou-se denominar generosamente de “jusfilosofia de conveniência”. A perplexidade causada por este curioso fenômeno é semelhante àquela relatada por biólogos do século XVIII, quando se depararam com o ornitorrinco, animal que, ao mesmo tempo, apresentava característica dos mamíferos e dos ovíparos; era, portanto, ambos e nenhum deles.

Esse novo movimento, conforme assentado por um dos seus máximos expoentes, “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.”¹ O resultado concreto desta estranha mistura é o surgimento de uma “escola jusfilosófica” estritamente casuística, variando o posicionamento do teórico sobre o conceito de Direito na mesma medida em que a aplicação de determinada norma lhe convém.

Neste novo quadro teórico, o uso acríptico de diversos prefixos proliferou em número exponencial: “pós”, “neo”, enfim, diversas partículas são aglutinadas em algum conceito para demonstrar o surgimento de uma “nova teoria”, construída sobre solo “não-positivista”². O positivismo jurídico passa

1 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

2 FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 161.

a ser apresentado, na melhor das hipóteses, como uma visão teoricamente ultrapassada. Diz-se, por exemplo,³ que o positivismo “deixou de ser considerado uma forma adequada de compreender o direito”⁴ ou que constitui um “retrocesso”.⁵ Noutras vezes, os ataques contra o positivismo apelam para a emoção do ouvinte, sendo aquele apresentado como uma “teoria frígida”, que ignora sentimentos inerentes à “natureza humana”,⁶ sustentando-se, numa clara alusão ao nazismo, que “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”.⁷

No centro dessas críticas está um modelo específico de positivismo jurídico: a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.⁸ Na maioria das vezes, essas críticas são realizadas com uma distorção substancial de seus postulados fundamentais. É comum ouvir, por exemplo, que, “por lastrear a aplicação do Direito à idéia de subsunção, a grade teórica proposta pelo positivismo jurídico para dar conta da interpretação legal encontra dificuldades para aprender [a] nova realidade do direito constitucional contemporâneo (...).”⁹ Por não mais caber no positivismo jurídico,¹⁰ o Direito passa, a partir do século XX, a demandar a construção de uma teoria capaz de “dar conta da especificidade da aplicação dos princípios”.¹¹

As coisas, no entanto, não são bem assim. Em primeiro lugar, a Teoria Pura do Direito jamais defendeu a ideia de subsunção. Mais do que negar esse postulado interpretativo, o positivismo kelseniano apresenta-se como a primeira teoria a identificar, com sério rigor epistemológico, o papel desempenhado pelo “intérprete” na aplicação do Direito.¹² Falar que o intérprete

3 Todos os exemplos que serão utilizados no presente parágrafo encontram-se catalogados por Dimitri Dimoulis. *In: Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 45.

4 BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

5 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 6.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 78.

7 BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. *In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

8 Embora as importantes contribuições de outros decanos do positivismo jurídico – como Hart e Ross – não possam ser negadas, o presente trabalho irá adotar como paradigma a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

9 MAIA, Antonio Cavalcanti. *A Expansão dos Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo*. Mimeografado. Cópia gentilmente cedida pelo professor nas aulas de epistemologia jurídica no mestrado em direito constitucional na PUC/RJ.

10 BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. *In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

11 MAIA, Antonio Cavalcanti. *A Expansão dos Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo*. Mimeografado. Cópia gentilmente cedida pelo professor nas aulas de epistemologia jurídica no mestrado em direito constitucional na PUC/RJ.

12 Sobre o tema, eis as palavras do próprio Kelsen: “a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a justiça

sempre é influenciado por questões morais no momento da aplicação do Direito é fácil. Construir uma teoria descritiva que indique os limites dessa influência, nem tanto.

Em segundo lugar, a teoria kelseniana é, em larga medida, compatível com a “especificidade da aplicação dos princípios”. Em larga medida, porque, salvo no que diz respeito à leitura moral do Direito (incompatível, de fato, com seus fundamentos epistemológicos), o princípio da imputação e a ideia de moldura, ambos presentes na Teoria Pura do Direito, permitem o manejo dos princípios na aplicação do Direito. Além de não pressupor uma superposição conceitual entre Direito e moral, a incorporação dos princípios nos ordenamentos jurídicos é viável em sede positivista, sendo desnecessária a criação de uma “nova” teoria para tanto.

Se, de um lado, o projeto neoconstitucionalista representa, em sede de teoria do Direito, um grande retrocesso (ou, sendo generoso, um grande fracasso), não se pode negar que o positivismo jurídico é (conscientemente) incapaz de oferecer uma dogmática sobre a prática jurídica. Se uma prática satisfatória do Direito exige – e é exigida – por uma teoria satisfatória do Direito¹³, parece que esta lacuna ao conhecimento teórico pode ser legitimamente preenchida pela teoria da argumentação jurídica.

Todas essas ideias serão, a partir de agora, desenvolvidas em partes distintas, sendo, no entanto, necessária uma última consideração importante: as páginas seguintes não pretendem assumir qualquer caráter conclusivo. Elas apresentam apenas os primeiros esboços de um projeto a ser desenvolvido em maior amplitude.

PARTE I – FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS

1. CRÍTICAS NEOCONSTITUCIONALISTAS

Seja na sua vertente moralista (Dworkin), seja na sua vertente discursiva (Alexy e Habermas), o movimento neoconstitucionalista¹⁴ parte

(correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 391.

13 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 336.

14 Convém, aqui, ressaltar que, embora contenha discursos diversos, cada um deles dotados de certas peculiaridades, a expressão “neoconstitucionalismo” será utilizada, neste trabalho, com abstração a estas diferenças. Isto porque, em que pesem as diferenças entre os diversos discursos, todos eles compartilham a mesma premissa: i) uma crítica implacável ao positivismo jurídico; e ii) a necessidade de uma nova teoria, capaz de lidar com os princípios.

da premissa de que questões morais podem ser discutidas a partir de critérios racionais.

Haveria, portanto, segundo seus defensores, a possibilidade de comprovar objetivamente a superioridade de certos valores morais ou, pelo menos, indicar um procedimento correto para encontrá-los.¹⁵ Estamos, aqui, diante de um *universalismo moral* (mais amplo ou mais restrito, conforme a corrente teórica), posição que, em síntese, sustenta que a verdade de certas normas morais pode ser reconhecida.

De acordo com um importante divulgador da vertente discursiva, o projeto neoconstitucionalista trabalha com “a superação do fosso entre ser e dever-ser, com o enfrentamento da fratura humeana e a consequente possibilidade de justificação do juízo moral, abrindo a discussão racional do domínio normativo (...)”.¹⁶ A proposta neoconstitucionalista seria, portanto, “fechar o abismo entre o *Sein* e o *Sollen*, entre os julgamentos descritivos [de fato] e os prescritivos [de valor], e, em última análise, entre vida e ciência, que desde Hume e sobretudo Weber, condenou as proposições normativas (organização da práxis) à inverificabilidade e à contingência da mera opinião.”¹⁷

Como consequência, as normas (morais ou jurídicas) não assegurariam meramente uma crença na legitimidade. Assim como o juízo teórico, o juízo prático e seu produto (as normas) também ergueriam uma pretensão de correção, que poderia ser independente e racionalmente avaliada.¹⁸ Em breve síntese: os sistemas normativos – no que nos interessa diretamente, a moral e o Direito – seriam acessíveis à razão. Esta concepção, longe de constituir uma “terceira via” no discurso jurídico, representa apenas o retorno, com ares de novidade, de uma velha conhecida: a escola do direito natural.¹⁹

15 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 191.

16 MAIA, Antonio Cavalcanti. **A Distinção entre Fatos e Valores e as Pretensões Neofrankfurtianas**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 14.

17 ROUANET, Sérgio Paulo. **Teoria Crítica e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1986, p. 286.

18 MC CARTHY, Thomas. **Introduction**. In: HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975, p. X. *Apud* MAIA, Antonio Cavalcanti. **A Distinção entre Fatos e Valores e as Pretensões Neofrankfurtianas**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 14.

19 Segundo Carlos Santiago Nino, uma dissecação das várias versões do direito natural demonstra as seguintes características desta escola jusfilosófica: i) uma tese de filosofia moral que sustenta a existência de princípios morais, que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana; ii) uma tese sobre o conceito de Direito, segundo a qual uma norma ou sistema normativo não podem ser qualificados como “jurídicos” se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios. In **Introducción al Análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 28 *Apud* STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alii* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 400.

Nesse sentido, se o prefixo “neo” serve para qualificar algum conceito, melhor seria designar este movimento de neojusnaturalismo.²⁰

Nos próximos itens, serão demonstrados os motivos para continuar pensando o Direito sob a luz da Teoria Pura do Direito. Esta defesa será guiada pela convicção de que, ao contrário do que se sustenta com ares de unanimidade, os pilares do positivismo jurídico permanecem firmes.

2. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA TEORIA PURA DO DIREITO

Como todo discurso teórico, a Teoria Pura do Direito edifica-se sobre alguns fundamentos epistemológicos. De início, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos essenciais da teoria do conhecimento, sem os quais os passos posteriores não serão bem compreendidos. Após, deve ser analisado o impacto do ceticismo de David Hume na teoria do conhecimento, notadamente nas questões normativas, com a distinção entre o mundo natural (*Sein*) e o mundo cultural (*Sollen*). Por fim, fixado o caráter arbitrário das normas de dever-ser (morais ou jurídicas), Kelsen busca um princípio de regência, diverso daquele que move as ciências causais, que denomina de princípio da imputação.

2.1. Incursões Preliminares na Teoria do Conhecimento

A teoria do conhecimento é a parte da filosofia que indaga acerca da possibilidade e dos limites da cognição humana. De fato, durante todos os momentos de sua existência, os seres humanos são levados a relacionarem-se com o mundo exterior. Seja pela queda de uma gota de chuva, seja por um mero aperto de mãos, formamos incessantemente *juízos* (ou conhecer) sobre o mundo exterior.

Mas o que significa conhecer? Em breve síntese, pode ser dito que conhecer significa transferir as categorias *reais* do mundo externo para as categorias *abstratas* do mundo interno (consciência humana). Por sua vez, essa transferência (juízo) pode ocorrer de 2 (dois) modos distintos: i) em primeiro lugar, teremos um *juízo de fato* sempre que o conhecimento dirigir-se aos fatos percebidos pelos sentidos, formando estes juízos o objeto de estudo da *metafísica* (ou *ontologia*)²¹; ou ii) por outro lado, te-

20 Aliás, isto é textualmente reconhecido por um dos seus grandes expoentes, Alfonso García Figueiroa. In: **La Teoria del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 179.

21 O termo “Metafísica” foi cunhado por Andrônico de Rodas (por volta de 50 a.c.) para designar os tratados de Aristó-

remos um *juízo de valor* sempre que certas qualificações sejam atribuídas a estes fatos, formando o objeto de estudo da *axiologia*²². Portanto, enquanto no juízo de fato busca-se a resposta para a questão da existência, no juízo de valor analisamos se o conteúdo definido pelo juízo de fato nos causa atração ou repulsa.²³

Não obstante, no plano da experiência, a realidade e o valor apresentam-se caoticamente entrelaçados. De fato, sem qualquer esforço racionalmente direcionado, fato e valor parecem se sobrepor, confundindo o juízo humano numa falsa unidade. Desse modo, a primeira ação da consciência humana é, justamente, tentar separar a realidade do valor.

Num primeiro momento, nossa atitude *cega para o valor* deve buscar no caos da experiência a existência do fato que se pretende conhecer. Isso significa que devemos, nesta etapa, limitar-nos a constatar a existência de um fenômeno, sendo esta constatação realizada pela verificação das propriedades ínsitas ao objeto.²⁴ Em sequência, consolidado o juízo de fato pela afirmação da existência do objeto, é possível verificar que sua existência não se reduz mais à sua realidade natural. Para além desta, o objeto possui determinadas propriedades que só são levadas em conta no mundo cultural quando se estabelecem relações *práticas* entre sujeito e objeto.²⁵

Vejamos um exemplo: fazemos um juízo de fato quando dizemos que esta folha de papel existe. Sua existência pode ser afirmada porque este objeto detém certas propriedades, como, por exemplo, a sua densidade e a sua textura, o que nos permite distingui-la do aço. Por outro lado, além de constatar sua existência, podemos ainda atribuir-lhe determinadas qualidades, o que será resultado de um juízo de valor. Se, por exemplo, a qualidade atribuída for a sua utilidade, poderemos ter como resultado um juízo moral: é “correto” (i.e., *devemos*) derrubar árvores para fabricar folhas de papel, pois estas permitem a acumulação e transmissão de conhecimento.

teles classificados após os tratados sobre a “Física”. São os livros que Aristóteles designou como a “Filosofia Primeira” e que se referem ao estudo do ser enquanto ser, isto é, antes que seja determinado com a forma dos seres físicos, matemáticos ou psíquicos. Notando a apropriação do termo pela filosofia cristã com um sentido transcendental, o filósofo alemão Jacobus Thomasius, no século XVII, propôs sua substituição pelo termo “ontologia” (estudo do ser) como forma de laicizar seu estudo.

22 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et* MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando (Introdução à Filosofia)**, 2ª ed., São Paulo: Moderna, 1993, p. 273.

23 *Idem*, p. 273.

24 VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**, 24ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 137.

25 *Idem*, p. 137 e 138.

2.2. A Desqualificação da Razão Prática

É com David Hume, no entanto, que os limites do conhecimento são colocados no seu devido lugar. Além de introduzir a noção de probabilidade²⁶ no uso da razão teórica, permitindo uma constante reelaboração dos seus conceitos, o ceticismo de seus postulados instaurou uma desconfiança permanente do potencial racional da filosofia prática. Isso porque, “embora a *razão*, quando plenamente assistida e desenvolvida, seja suficiente para nos fazer reconhecer a tendência útil ou nociva de qualidades e ações, ela sozinha não basta para produzir qualquer censura ou aprovação moral. (...) É preciso que um *sentimento* venha a se manifestar aqui, para estabelecer a preferência pelas tendências úteis sobre as nocivas.”²⁷

Explica-se com um exemplo: embora Euclides tenha explicado completamente todas as propriedades do círculo, nenhuma proposição poderia dizer sequer uma palavra sobre sua utilidade ou beleza. O motivo é evidente: a utilidade ou beleza não são propriedades do círculo, não residem em nenhuma parte da linha cujas partes são equidistantes de um centro comum, mas são apenas os efeitos que essa figura produz sobre a mente humana. Em vão a procuraríamos no círculo, ou a buscaríamos, por meio dos sentidos ou do raciocínio matemático, em qualquer das propriedades dessa figura.²⁸

Do mesmo modo, parece evidente que os fins últimos das ações humanas não podem ser explicados pela razão. Por mais que possamos arrolar todos os argumentos “racionais” para que uma conduta seja desempenhada de uma maneira específica, haverá sempre um resíduo irracional a orientar a mesma, muitas vezes em sentido contrário ao postulado racional. Em última análise, as ações humanas são guiadas, senão inteiramente, em sua maior parte, pelos puros sentimentos, sem qualquer dependência das faculdades intelectuais.²⁹ O fator chave para a prática não são os fundamentos lógicos,

26 A noção de probabilidade foi introduzida de sorte a demonstrar os limites da própria razão teórica. É que, como sempre ignoramos *todas* as causas potenciais de determinado fenômeno, apenas podemos, diante das causas conhecidas, *indicar uma probabilidade* da ocorrência do fato. Toda *causalidade* é sempre uma causalidade *provável*. HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 91.

27 HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 368 e 369.

28 O exemplo é fornecido pelo próprio David Hume. *In* **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 368 e 369.

29 HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 377.

mas o fim ideal para que se orienta;³⁰ e, por isso, a razão é, por si mesma, absolutamente impotente diante dessas questões.³¹

De outro lado, ainda que a razão pudesse guiar a conduta humana, não há como equiparar a filosofia especulativa à filosofia moral.³² É que os conceitos obtidos pela razão teórica podem ser submetidos a um controle empírico de verificação. Exatamente por isso, uma norma moral não pode ser verdadeira ou falsa. É óbvio que podemos fornecer inúmeras razões para demonstrar a superioridade de uma norma moral em detrimento de outra. Pode-se, até mesmo, ser obtido um consenso.³³ Todavia, o resultado obtido nunca será a verdade sobre um fato (ser), mas a validade de uma norma (dever-ser), pela circunstância de esta pertencer ou não a determinado sistema.³⁴

Com a desqualificação da filosofia prática com meio de produção de conhecimento legítimo, “o reino das normas e fins deixa de ser acessível [em última instância] à razão, pois esta, reduzida à razão científica, só tem competência sobre as proposições analíticas da lógica e da matemática e sobre as

30 HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 135.

31 HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Unesp, 2001, p. 497.

32 Neste ponto, convém esclarecer que o objeto de estudo da filosofia moral divide-se, basicamente, em 03 (três) ramos: i) a *ética normativa*, que busca identificar construções filosóficas que estruturam sistemas normativos destinados a nortear a conduta humana; ii) a *ética aplicada*, que se ocupa de questões concretas e vitais da ação humana, forçando uma adaptação ou modificação dos sistemas éticos identificados pela ética normativa; e iii) a *metaética*, que tem por finalidade discutir se os fundamentos da moral são racionais ou sentimentais, isto é, se estamos veiculando conhecimento verdadeiro ou se estamos simplesmente dando vazão aos nossos sentimentos, emoções ou preferências. Note-se que o reconhecimento de sistemas éticos (ética normativa), ou de seu desenvolvimento (ética aplicada), não depende de uma postura metaética positiva (ou cognitivista). Assim sendo, embora seja possível identificar, em qualquer sociedade, determinado sistema normativo ético (objeto da ética normativa), ou mesmo analisar seu desenvolvimento prático (ética aplicada), o fundamento último da moral, para os não-cognitivistas (e, também, para a maioria dos positivistas), é sempre de caráter irracional (postura metaética negativa). O ceticismo da posição positivista, como bem nota Alf Ross, “(...) não se refere à moral, mas sim à lógica do discurso moral; não se refere à ética, mas sim à metaética.” Respectivamente: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta ?**. In: ROUANET, Luiz Paulo *et alli* (Org.). *Razão Mínima*. São Paulo: Unimarco, 2004, p. 12 e 13; ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 21 *Apud* STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 405.

33 De acordo com Kelsen, a irracionalidade moral não significa, necessariamente, que cada pessoa possua seu próprio sistema individual. Na verdade, “muitos indivíduos concordam em seus julgamentos de valor. Um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo, seja ele família, tribo, classe, casta ou profissão. Todo sistema de valores, em especial um sistema moral com a sua ideia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual emerge. O fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo e relativo desses julgamentos de valor. Que muitos indivíduos estejam em concordância quanto aos seus julgamentos de valor não é prova de que esses julgamentos estejam corretos.” KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12.

34 Isto não significa, porém, que a filosofia prática seja inteiramente irracional. O que não se pode negar é a permanência efetiva de um resíduo de justificação de determinada conduta para além da razão (finalidade), ou, ainda, a impropriedade do método empírico para demonstrar a verdade de suas proposições.

proposições sintéticas relativas ao mundo objetivo dos fatos”.³⁵ As normas escapam a estas duas esferas: não são nem empíricas nem tautológicas, e portanto não podem ser fundamentadas à luz da única instância racional sobrevivente: a razão teórica.

2.3. A Busca por um Princípio de Regência para a Teoria do Direito

Por todo o exposto, verifica-se que uma norma (moral ou jurídica) somente pode ser entendida como ato de vontade, nunca como um produto da razão teórica.³⁶ Ao contrário das puras descrições, que podem ser empiricamente controladas, qualquer prescrição é, necessariamente, o produto do exercício de autoridade por um sujeito,³⁷ visando a determinados fins. Uma teoria do Direito – que pretenda efetivamente ser uma teoria, e não uma prática disfarçada –, apenas pode descrevê-lo; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for.³⁸

Como consequência, o princípio de regência do Direito difere substancialmente do princípio de regência dos fenômenos não normativos, ou seja, daqueles que não expressam um dever. Assim, enquanto as leis dos fenômenos da natureza são edificadas com base no *princípio da causalidade*, os acontecimentos normativos se apoiam em princípio diverso, a saber, no *princípio da imputação*.³⁹

Neste contexto, o *mundo natural* é entendido como o plano existencial (mundo físico) determinado pela ocorrência de um nexos necessário (princípio da causalidade), o qual o pensamento humano meramente constata. De outro lado, repousa o *mundo cultural*, de caráter normativo, explicável pelo princípio da imputação (relação de condição e consequência atribuída pelo homem), quando há descrição de uma relação específica estabelecida entre dois fatos diferenciados dos acontecimentos causais, em virtude de ser essa relação alheia aos fatos que descreve.⁴⁰ Assim, ao contrário da causalidade natural, a “causalidade normativa” (leia-se: a im-

35 ROUANET, Paulo Sérgio. *Ética Iluminista e Ética Discursiva*. In: Habermas 60 Anos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1981, p. 31.

36 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 108.

37 VON WRIGHT, Georg Henrik. *Ser y Deber Ser*. In: AARNIO, Aulis *et alli* (Org.). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 93.

38 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 82.

39 SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 6 e 7.

40 Idem, p. 7.

putação) encontra sua razão de ser apenas nas normas que vinculam determinados fatos e que transformam as ações humanas em ações humanas normativamente qualificadas.⁴¹

Aqui, a distinção entre as normas jurídicas e as proposições formuladas pela ciência jurídica assume especial relevância. Se a teoria do Direito tem por objeto as normas jurídicas, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*Wertfrei*). Quer dizer: essa descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional.⁴² Se a razão humana é uma faculdade de conhecimento, por meio dela as normas estabelecidas por atos de vontade podem ser conhecidas, mas não criadas.⁴³

As proposições formuladas pela ciência do direito, ao contrário das suas normas, podem ser verdadeiras ou falsas,⁴⁴ ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica, apenas podem ser válidas ou inválidas.⁴⁵ Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que quando A é, B deve-ser, mesmo quando B efetivamente não o seja. Segundo Kelsen, “o ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.”⁴⁶

3. OUTRAS RAZÕES PARA ADESÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO

Ainda que uma tentativa de reintroduzir uma reabilitação da filosofia moral possa ser bem-sucedida, outras razões fortes podem ser arroladas a favor de uma abordagem positivista da Teoria do Direito.

3.1. A Necessidade de uma Teoria sobre o Direito

Embora o positivismo jurídico seja, normalmente, vinculado às teses não cognitivistas da filosofia moral, é impróprio reduzi-lo a tanto. Em pri-

41 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64.

42 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 89.

43 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 10.

44 Neste particular, faz-se importante um alerta: tal como os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as *afirmações* sobre esses fatos podem ser verídicas ou inverídicas. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 83.

45 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 83.

46 Idem, p. 87.

meiro lugar, não são todos os positivistas que adotam uma postura cética no que diz respeito ao reconhecimento de certos princípios morais específicos. Como exemplo, temos Jeremy Bentham e John Austin, ambos sustentando um princípio moral universalmente válido: o princípio da utilidade.⁴⁷

Em segundo lugar, como bem ressalta Noel Struchiner, o ceticismo ético “nada nos diz sobre o Direito; apenas nega a existência ou a possibilidade de juízos morais universais. A única coisa que se pode inferir a partir da informação de que alguém é cético em matéria ética é a conclusão de que não pode ser um jusnaturalista.”⁴⁸

Deste modo, é plenamente possível – embora difícil – que uma pessoa assuma uma posição cognitivista em matéria ética e defenda, epistemologicamente, o positivismo jurídico. Para além do acerto de determinadas normas morais, há uma constatação inequívoca, seja nos regimes democráticos, seja nos regimes ditatoriais: a existência de uma categoria normativa dotada de atributos próprios, totalmente distintos das demais categorias normativas. Simétrica à moral ou não, há em qualquer coletividade humana o registro de uma categoria normativa que garante o cumprimento de certas regras através da coerção: a norma jurídica.

Assim sendo, o que caracteriza o positivismo jurídico, em última análise, não é uma posição cética em matéria moral. O que caracteriza, na verdade, o positivismo jurídico é uma postura epistemológica que admite a possibilidade de identificar e descrever o Direito sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas.⁴⁹ Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, deve-se investigar as suas fontes, e não o seu mérito.⁵⁰ Portanto, a aceitação da tesa juspositivista não depende da opinião do estudioso sobre a existência, a objetividade e o caráter absoluto (ou universal) dos valores morais.⁵¹

Para John Gardner, “o uso do rótulo condiz com o sentido literal do próprio rótulo. Em que deveria acreditar um ‘positivista jurídico’, senão que as leis são positivadas? (...) Para ser mais exato, [o positivismo jurídico

47 *In* **Introducción al Análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 31 *Apud* STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. *In*: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli*. **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 405.

48 STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. *In*: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 405.

49 *Idem*, p. 409.

50 GARDNER, John. **Legal Positivism: 5 ½ Myths**. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 46, p. 200.

51 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 186.

diz] que, em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida, enquanto uma norma daquele sistema, somente em virtude do fato de que em algum tempo e lugar relevantes, algum agente ou agentes relevantes a anunciaram, a praticaram, a evocaram, a reforçaram, a endossaram ou, de alguma forma, se engajaram com ela. Não se pode usar como objeção à sua consideração como lei o fato de que era uma norma aberrante, com a qual aqueles agentes nunca deveriam ter se engajado. De modo inverso, se nenhum agente relevante tivesse se engajado com ela, então ela não seria considerada como uma lei, muito embora possa ser uma excelente norma, com a qual todos os agentes relevantes deveriam ter se engajado sem reservas.”⁵²

Por fim, uma razão pragmática ainda pode ser arrolada em favor do positivismo jurídico. É que, ainda que a moral possa assumir traços objetivos, pelo mero consenso ou por um processo de correção, quaisquer destas avaliações serão sempre mais controvertidas e incertas do que a identificação das normas jurídicas pelos critérios positivistas.⁵³ Por isso, a independência do Direito em relação à moral propicia mais segurança na prática jurídica,⁵⁴ limitando as possibilidades de decisões arbitrárias e restringindo a liberdade de escolha dos julgadores.⁵⁵

3.2. A Motivação para o Ato

Ao se admitir que a razão seja capaz de justificar a verdade de determinada proposição moral, uma questão não resta resolvida pelo discurso neoconstitucionalista: é que, ainda que determinada proposição moral venha a ser aceita e considerada correta, nada, absolutamente nada, garante que ela, por si só, irá servir para uma atuação na mesma direção.

O que não resta explicado, portanto, é: como uma norma moral, racionalmente estabelecida (por intuição ou por construção) pode funcionar como motivo suficiente (motivação direta) para determinar a conduta de um agente? Logo, embora razões morais possam ser arroladas e cotejadas para determinar o “acerto” de determinada conduta, o fator chave para a

52 GARDNER, John. **Legal Positivism: 5 ½ Myths**. The American Journal of Jurisprudence. Vol. 46, p. 200.

53 MacCORMICK, Neil. **Diritto, morale e positivismo giuridico**. In MacCORMICK, Neil et WEINBERGER, Ota. Il Diritto come Istituzione. Milano: Giufreé, 1990, p. 157 a 179. *Apud* DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 186.

54 De fato, “é relativamente fácil afirmar que valem como ‘lei’ todos os imperativos aprovados pelo Congresso Nacional. Mas como ter certeza sobre os comandos que vigoram se a validade se submete ao requisito de consonância com a dignidade humana ou qualquer outro [valor]?”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 145.

55 *Idem*, p. 186.

mesma terá sempre um componente arbitrário, incapaz de ser racionalmente apreendido. Em última análise, os juízos morais não levam ninguém a agir, a menos que o agente disponha de um desejo ou interesse pertinente.⁵⁶

Além da insuficiência para a motivação direta, a crítica neoconstitucionalista de falta de parâmetros axiológicos na Teoria Pura do Direito deixa sem resposta a evidência da presença, seja qual for o tempo ou o país considerado, desta técnica específica de controle social, conhecida como *direito positivo*, e que se impõe por ter validade em si mesma, e não por estar em acordo com determinada concepção de moral.

Verifica-se, pois, que, ao lado – ou mesmo independentemente – das “razões” morais, será necessária a presença de um sistema normativo específico, capaz de funcionar como motivação indireta para uma conduta desejada. Assim compreendido, o Direito nada mais é do que uma técnica social específica, distinta das demais ordens normativas vigentes na sociedade, que busca a conduta desejada por meio da ameaça de coerção.⁵⁷

PARTE II – POR UMA TEORIA DO DIREITO (OU ESTÁTICA JURÍDICA)

4. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Até aqui, procurou-se demonstrar as razões que fundamentam a “tese da separação” entre o Direito e a moral, bem como outros argumentos em defesa da permanência de uma teoria positivista do Direito.

Não obstante, se, de um lado, a separação entre estes dois sistemas normativos é inegável, de outro lado, é inegável também que, em algum momento, a moral irá afetar a prática jurídica. É óbvio que qualquer ordenamento jurídico sempre autoriza – como se ele pudesse impedir (!) – que a autoridade competente leve em consideração questões morais na criação e interpretação das normas jurídicas: esta uma constatação trivial, aceita por todos os positivistas. A questão em aberto é: como se desenvolve esta relação?

Em primeiro lugar, existe uma corrente do positivismo jurídico que admite a incorporação de sistemas morais pelos ordenamentos jurídicos positivados, sem, contudo, admitir essa confusão conceitual. É o que se deno-

56 CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta?*. In: ROUANET, Luiz Paulo *et alli* (Org.). *Razão Mínima*. São Paulo: Unimarco, 2004, p. 17.

57 Kelsen, Hans. *O Direito como Técnica Social Específica*. In: *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

mina, atualmente, de *positivismo inclusivo*, corrente teórica formulada a partir das lições do jusfilósofo inglês Hebert L. A. Hart.⁵⁸ Para os defensores deste segmento, a relação entre Direito e moral não é necessária, mas contingente. Logo, embora a moral não seja indispensável para caracterizar uma norma jurídica, a mesma pode incorporar padrões morais.

Ao que parece, o positivismo inclusivo acaba por adotar, em última análise, uma visão moralista do Direito e, portanto, equivocada. De fato, a tese da incorporação só se torna relevante se a mesma receber uma interpretação radical, afirmando-se que “as autoridades competentes são obrigadas a levar em consideração a moral socialmente dominante (ou qualquer outra, claramente identificada) e que sua desconsideração repercute na validade das normas jurídicas. Neste caso, porém, o [positivismo exclusivo] se transforma em uma versão moderada do moralismo, afirmando que a vinculação entre direito e moral é necessária nos sistemas jurídicos que assim o convencionaram (e não em todos, como afirmam os moralistas).”⁵⁹

Ademais, parece irrelevante afirmar que a autoridade competente deve levar em conta considerações morais no momento da aplicação do Direito, pois tal afirmação não indica: i) quais as regras morais que devem ser utilizadas; ii) qual o critério para discernir se a autoridade levou ou não em consideração a regra moral cogente; iii) se aquilo que será apresentado como moralmente correto pela autoridade competente corresponde a uma exigência moral ou simplesmente decorre de preferências políticas do aplicador;⁶⁰ iv) como controlar juridicamente uma decisão definitiva de uma autoridade que não levou em conta os imperativos morais.

Em segundo lugar, é possível defender uma assepsia axiológica das normas jurídicas, em perfeita consonância com os postulados da Teoria Pura do Direito, posição aqui defendida. É o que se vem denominando de *positivismo exclusivo*, posição segundo a qual apenas a fonte serve para qualificação de uma norma jurídica. Assim, quando o Direito estabelece um critério material de identificação de normas válidas, na verdade se delega a uma autoridade a tarefa de estabelecer, por si própria, a validade de uma determinada norma. Portanto, a validade da norma jurídica provém do fato de que a autoridade considerou que a norma em jogo passou pelo crivo do critério meritório. Como é a autoridade

58 *Vide* HART, Hebert. L. A. **O Conceito de Direito**. 2ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 138.

59 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 142.

60 *Idem*, p. 142.

relevante que toma essa decisão, a norma é sempre válida em função da sua fonte, e não por força de critérios morais.⁶¹

Desse modo, verifica-se que a moral não pode ser utilizada como critério de constatação de validade de uma norma jurídica. Apesar das influências indiretas (considerações morais que a autoridade competente necessariamente irá levar em conta no momento de proferir a sua decisão), a moral nunca interfere conceitualmente na definição do Direito. Assim sendo, quando uma autoridade⁶² qualquer cria uma norma jurídica de acordo com critérios morais, estamos, tão somente, diante de uma decisão humana que, por isso mesmo, constitui um fato social. Essa decisão não cria o Direito porque é justa, moral ou adequada, mas porque a pessoa (ou grupo) que formulou essa vontade possui autoridade para tanto.⁶³

5. A NORMA JURÍDICA COMO SIMPLES MOLDURA

Dentre outras peculiaridades,⁶⁴ o Direito tem a capacidade de regular a sua própria criação. Isso ocorre porque uma norma jurídica determina o processo pela qual outra norma será produzida (o que inclui a autoridade competente), bem como, eventualmente, os *limites* do seu conteúdo.

Caracteriza-se, assim, o ordenamento jurídico como um sistema dinâmico de normas. Isso porque, ao contrário dos sistemas estáticos, nos quais o conteúdo das normas inferiores pode ser deduzido das superiores através de uma operação lógica, no sistema dinâmico, as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder. As nor-

61 Eis um exemplo: o legislativo pode estabelecer um critério meritório de identificação de normas válidas como “serão válidas as normas razoáveis”. Essa norma, que serve como um critério meritório de identificação de outras normas, é válida em função da sua fonte (essa regra foi criada de acordo com uma outra regra válida que atribui ao legislativo a prerrogativa de criar normas). De acordo com a Teoria Pura do Direito, quando se estabelece a regra “serão válidas apenas as regras razoáveis” apenas transfere-se para o juiz a decisão sobre a validade da norma. STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 411.

62 Por sua vez, a identificação da autoridade assume características diversas para vários positivistas exclusivos. Segundo Joseph Raz, a autoridade está sendo exercida quando: i) os destinatários do comando obedecem porque confiam no comando ou se sentem por ela intimidados; ii) quando a ordem é obedecida independentemente do juízo de valor que o destinatário faz sobre elas. Para Hans Kelsen, o critério de identificação é a eficácia global da ordem jurídica, que se estabelece quando os agentes responsáveis pela aplicação da norma se sentem vinculados a determinado ordenamento positivo. Respectivamente: RAZ, Joseph. **The Authority of Law – Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, p. 3-27, 40 *Apud* DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 136; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12.

63 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 61.

64 Para outras características, confira-se o artigo de Kelsen, denominado “O Direito como Técnica Social Específica”. In: **O que é Justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225 e segs.

mas superiores fornecem, apenas, o fundamento de validade das normas que se sucedem, e não o seu conteúdo.⁶⁵ Com efeito, a produção das normas inferiores depende de um ato especial de criação, isto é, de uma *manifestação de vontade específica*.⁶⁶

Deste modo, a norma inferior *cria* o Direito. Por outro lado, a criação da norma inferior – seja esta a lei ou a sentença – não se reduz a mera aplicação de uma vontade preexistente. Na verdade, sua criação é constituída, simultaneamente, por um ato cognitivo (de definição das possibilidades abertas pela moldura normativa) e por um ato volitivo (de escolha de uma dessas possibilidades).⁶⁷

Logo, uma norma é válida (leia-se: jurídica) por ter sido produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante.⁶⁸ A validade da norma inferior está vinculada à superior no aspecto *formal*, quer dizer, quanto ao modo de sua produção – órgão competente e procedimento previsto – e, eventualmente, no aspecto *material*, referente aos limites do seu conteúdo – matéria a ser tratada.

Segundo Kelsen, “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 da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”⁶⁹

65 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 217 e segs.; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília DF: UnB, 1999, p. 71 e segs.

66 Este é, por exemplo, um dos erros capitais das teorias denominadas pós-positivistas: acreditar que através da razão prática se possa encontrar uma única aplicação correta para uma norma jurídica. Embora critiquem o positivismo kelseniano pelo afastamento do Direito do fato social (crítica improcedente, registre-se), caem nesta própria crítica, afastando o Direito de seu elemento político e, portanto, ideológico e arbitrário, impossível de ser apreendido pela razão.

67 BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**, São Paulo: Renovar, 2000, p. 66.

68 Deixou-se de abordar, aqui, propositalmente a questão da norma fundamental. Além de se apresentar como tema complexo na teoria kelseniana, foge aos estreitos limites do objeto do presente trabalho.

69 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

De fato, uma norma jamais conseguirá determinar todos os aspectos do ato através do qual é aplicada. Sempre restará uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação pela autoridade, de forma que a norma jurídica apresenta-se apenas como uma moldura a ser preenchida. Mesmo uma norma o mais pormenorizada possível acaba por deixar àquele que lhe dá aplicação uma pluralidade de escolhas a fazer.⁷⁰ Esta indeterminação da norma, a ser preenchida pela norma autoridade, pode ser: i) intencional; ou ii) não intencional.

5.1. Indeterminação Intencional

A indeterminação intencional pode ocorrer de 03 (três) modos distintos: i) através da utilização de conceitos indeterminados; ii) através da simples previsão do pressuposto fático que autoriza a ação da autoridade inferior; ou iii) através da autorização, diante de determinado pressuposto fático, para escolha entre condutas específicas.

Em primeiro lugar, a norma jurídica pode proceder, voluntariamente, a uma descrição insuficiente dos pressupostos fáticos de sua incidência. Isto ocorre quando a norma utiliza-se de expressões dotadas de alto grau de indeterminação, tais como “urgência”, “relevante”, “grave” etc. Nestes casos, a autoridade inferior terá um alto grau de análise sobre a ocorrência – ou não – dos pressupostos que autorizam a sua conduta. Nem se fale, aqui, que esta indeterminação somente ocorreria em abstrato e que, diante do caso concreto, será sempre possível verificar se os pressupostos de fato estão ou não presentes. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Com efeito, como bem sustentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “se em determinada situação real [a autoridade] reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a [norma], que transgrediu o direito”.⁷¹

Em segundo lugar, a indeterminação pode decorrer da simples previsão dos pressupostos fáticos da incidência, sem que a norma jurídica tenha estipulado a conduta da autoridade inferior. Por exemplo, uma lei pode determinar que, diante de uma epidemia, a autoridade responsável deve tomar as medidas necessárias para evitar o alastramento da doença, sem indicar, contudo, que medidas são estas. Desta forma, verificado o pressuposto de

70 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 388.

71 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

fato (epidemia), a autoridade responsável pela aplicação da norma pode escolher, segundo seus próprios critérios de conveniência e oportunidade,⁷² as medidas concretas a serem tomadas, de modo a melhor atender a finalidade da norma (contenção da epidemia).⁷³

Por fim, a indeterminação pode decorrer da autorização para escolha entre condutas determinadas, diante da manifestação de determinados pressupostos de fato. Suponha-se uma lei penal que preveja, para a hipótese de determinado delito, a aplicação de uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão ao infrator. Nesta hipótese, a autoridade judiciária terá a faculdade de, diante das peculiaridades do caso concreto, decidir-se pela aplicação de uma ou da outra, bem como determinar a medida das mesmas, dentro dos limites máximo e mínimo eventualmente previstos pela norma superior.⁷⁴

5.2. Indeterminação Não Intencional

Já a indeterminação não intencional (ou involuntária) pode ocorrer de 03 (três) formas distintas: i) da textura aberta da linguagem;⁷⁵ ii) das lacunas normativas; iii) das contradições constantes na mesma norma.

Quanto à textura aberta da linguagem, é preciso constatar, de início, que as normas jurídicas têm por escopo comunicar certos padrões de conduta através de formas de linguagem. Disso resulta, inevitavelmente, a indeterminação de certos aspectos *fáticos*, que, em hipótese alguma, poderiam ser previstos por normas *abstratas*. Nesse passo, as palavras ou expressões utilizadas pelas normas jurídicas podem não ter um significado unívoco (o que é bastante comum), de sorte que o órgão responsável por sua aplicação encontra-se diante de várias significações possíveis.⁷⁶

Um exemplo bem simples pode ajudar a entender a questão: suponha-se uma norma que prescreva ser que, ao entrar num prédio público, as pessoas devem tirar o chapéu da cabeça.⁷⁷ Muitos aspectos da norma são imprecisos. Boné é chapéu? É uma viseira? Tem alguma relevância para a

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 32.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

⁷⁵ Em que pese a expressão “textura aberta” ter sido originalmente desenvolvida, no campo jurídico, por Herbert L. A. Hart, há na teoria kelseniana algumas breves considerações acerca da insuficiência designativa da linguagem. Cf., respectivamente, HART, Hebert L. A.. **O Conceito de Direito**, 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, especificamente, seu Capítulo VII *et* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

⁷⁷ Exemplo semelhante é fornecido por Herbert L. A. Hart. In: **O Conceito de Direito**, 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 138.

hipótese a mão com a qual é retirado o chapéu, se com a direita ou com a esquerda? E o que deve ser feito após tirar o chapéu da cabeça? É lícito colocá-lo novamente na cabeça após entrar ou somente após sair do prédio?

Um outro exemplo: suponha-se uma norma jurídica que proíba a entrada de veículos em parques públicos. Muitos aspectos da norma são imprecisos. Motocicletas são veículos? E bicicletas? E patins? Qual é a punição para eventual infrator? Nestes casos – como em inúmeros outros –, o órgão responsável pela aplicação da norma terá uma ampla margem de apreciação, tanto no que diz respeito aos pressupostos fáticos (bicicleta é veículo?), quanto no tocante às consequências jurídicas (qual será a punição?).

Nestes casos, o significado exato é objetivamente indeterminado. O máximo que se pode dizer é que todas as palavras e/ou expressões compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa*, em que seria certo que por ela não estaria abrigada.⁷⁸ Restará sempre uma fundada dúvida no intervalo entre ambas, a ser preenchida exclusivamente por critérios subjetivos do aplicador da norma. Esta zona cinzenta não pode ser preenchida por critérios objetivos, cognoscíveis a partir da norma superior, mas somente por critérios subjetivos, definidos pela vontade da autoridade encarregada de sua aplicação.

Outrossim, a indeterminação involuntária pode ser consequência de uma lacuna normativa. Segundo Kelsen, contudo, a lacuna não passaria de uma ficção, consistindo, na verdade, numa autorização para que a autoridade inferior defina – ou não – o direito a ser aplicado, sem a observância de parâmetros gerais prévios.⁷⁹ E, aqui, teremos 02 (duas) situações diversas: i) a norma autoriza que um órgão específico crie o Direito; ou ii) a norma impede que a autoridade inferior crie o Direito.

No primeiro caso, o órgão aplicador terá a possibilidade de estipular, na condição de legislador, a obrigação sustentada para o caso concreto. Não haverá, aqui, preenchimento de qualquer lacuna propriamente dita, mas apenas a criação de uma norma individual que não corresponde a qualquer norma geral prévia. No segundo caso – ausência de autorização para criação do Direito –, a autoridade responsável simplesmente “aplica” a regra negativa de que ninguém deve ser forçado a observar a conduta à qual não está obrigado pelo Direito.⁸⁰

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionabilidade e Controle Judicial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 29.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 212.

⁸⁰ Idem, p. 213.

Por fim, a indeterminação não intencional pode decorrer do fato de 02 (duas) normas jurídicas, que pretendem incidir simultaneamente – o que ocorre, por exemplo, quando ambas são produto do mesmo ato jurídico –, se contradizem total ou parcialmente.⁸¹

Logo de início, esclarece Kelsen que o princípio da não contradição somente pode ser aplicado aos enunciados que derivem dos atos de pensamento. Uma norma jurídica, porém, é o sentido de atos de vontade dirigidos à conduta de outrem e, como tal, não é verdadeira nem falsa, mas sim válida ou inválida.⁸² O enunciado sobre a validade de uma *norma* somente pode ser considerado verdadeiro na mesma medida em que é verdadeiro o enunciado sobre a existência do *ato de vontade* (cujo sentido constitui a norma). Se ambas as normas “contraditórias” são decorrência do mesmo ato de vontade, nenhuma delas suprime a “verdade” da outra.⁸³ A não ser que uma das normas seja inválida, a situação criada por um conflito de normas válidas consiste em que uma delas será cumprida e a outra será violada.⁸⁴

Esses conflitos podem ser de 03 (três) ordens: i) *total-parcial*; ii) *total-total*; e iii) *parcial-parcial*.⁸⁵ No primeiro caso (*antinomia total-parcial*), uma das normas tem o mesmo âmbito de incidência da outra, porém mais restrito. Suponha-se a seguinte situação: de um lado, uma norma jurídica *N* proíbe que os estrangeiros pratiquem uma conduta *C* em território nacional; de outro, uma norma jurídica *N* autoriza que os estrangeiros com mais de dois anos de domicílio no território nacional pratiquem uma conduta *C*. Neste caso, o princípio (leia-se: postulado) da especialidade resolve o problema sem maiores dificuldades, sendo possível estabelecer logicamente uma solução para o conflito entre as proposições normativas em conflito.

Na segunda hipótese (*antinomia total-total*), as normas incompatíveis podem ter idêntico âmbito de incidência, caso em que uma norma não poderá ser aplicada sem entrar em conflito direto com a outra (*antinomia total-total*). Um exemplo ajuda a entender o problema: imagine-se que, de um determinado documento normativo, 02 (duas) proposições jurídicas contraditórias entre si possam ser extraídas: i) uma delas, diz que quem praticar a conduta *C* será punido (sanção negativa); ii) a outra, por sua vez, diz que quem praticar a conduta *C* será premiado (sanção posi-

81 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

82 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 263.

83 Idem, p. 281.

84 Idem, p. 267.

85 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2003. p. 158.

tiva). É simplesmente impossível resolver esse conflito normativo através de um ato racional, de puro conhecimento. Esse conflito somente pode significar que a autoridade competente pode optar, por meio de uma análise estritamente política: i) por punir quem praticar a conduta; ou ii) por premiar quem praticar a conduta.

Por fim, nas antinomias de terceiro tipo (*antinomia parcial-parcial*) as normas em conflito têm o seu âmbito de incidência em parte igual e em parte diferente. Um exemplo: enquanto uma norma jurídica *N* proíbe as condutas *C* e *C*, uma (outra) norma jurídica *N* autoriza as condutas *C* e *C*. No que diz respeito à conduta *C*, somente 02 (duas) possibilidades restam abertas para a autoridade competente: i) ou a proíbe; ii) ou a autoriza.

Como consequência, um conflito entre normas jurídicas do tipo *total-total* ou *parcial-parcial* somente poderá ser logicamente corrigido pelos critérios hierárquico e cronológico. Pelo critério da hierarquia, reputa-se inválida uma norma jurídica contrária a outra norma jurídica, quando esta forneça o fundamento de validade daquela. Todavia, se as normas em conflito ostentam a mesma hierarquia – ou seja, tiram o seu fundamento de validade de uma terceira norma comum –, resolve-se o conflito através do critério cronológico, considerando-se que a norma mais recente tenha revogado a norma mais antiga.

Por outro lado, se ambas as normas em conflito tiverem origem idêntica, o conflito não poderá ser resolvido no âmbito da interpretação, mas tão somente no âmbito da criação. Visto que interpretação das normas jurídicas é conhecimento do direito, e o conhecimento do direito não pode produzir normas jurídicas (mas apenas a vontade),⁸⁶ o órgão aplicador poderá apenas decidir, num ato de vontade, pela aplicação de uma ou de outra, pelo que permanece a existir, no plano estritamente normativo, o conflito entre ambas. Nesse caso, não será possível identificar, através da razão,⁸⁷ o resultado jurídico específico (ou, como querem alguns, a única resposta possível), dependendo o resultado de um ato de vontade que crie o Direito.

6. POR UMA TEORIA PURA DOS PRINCÍPIOS

Mantida a epistemologia positivista e suas categorias fundamentais, caminha-se agora para compatibilizar o reconhecimento dos princípios

86 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 392.

87 Este é um dos principais problemas das denominadas teorias pós-positivistas. Em regra, a aplicação da norma positivada ou de determinados “valores jurídicos” decorre, exclusivamente, de uma escolha arbitrária, falseada por argumentos retóricos. Todavia, diante do objeto do presente trabalho, esta crítica ficará reservada a uma outra oportunidade.

com a Teoria Pura do Direito. Ao contrário do que sustenta com ares de unanimidade,⁸⁸ é plenamente possível a construção de uma “teoria positivista dos princípios”. Confira-se:

6.1. Natureza dos Princípios

Impende ressaltar, de início, que não há mais qualquer divergência sobre serem princípios e regras espécies de normas jurídicas. Neste particular, há um razoável consenso entre positivistas e neoconstitucionalistas. As divergências começam no momento de se estabelecer as suas respectivas diferenças.

Para os neoconstitucionalistas, os princípios funcionam como uma reaproximação do Direito aos valores. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios,⁸⁹ podendo mesmo vir a serem abrigados pelo ordenamento jurídico positivo.⁹⁰

Não obstante, embora seja inegável que o Direito Positivo, em inúmeros casos, permite que a autoridade responsável pela aplicação da norma leve em consideração questões morais, isso não significa que deva ser adotada a tese da incorporação. É que esta incorporação traria um problema lógico, sendo impossível encontrar um “meio-termo” entre o jusmoralismo e juspositivismo.⁹¹ Segundo Dimitri Dimoulis, “ou será considerado que a moral exerce uma influência necessária e autônoma ao Direito ou não. No primeiro caso (moralismo), a incidência da moral independe do conteúdo das normas vigentes, incluindo-se a norma de reconhecimento. No segundo caso (positivismo), a influência da moral é contingente, pois depende da vontade do legislador [leia-se: autoridade] que pode também impor o contrário.”⁹²

Assim sendo, uma teoria dos princípios somente é viável se a mesma for compatível como uma teoria do Direito Positivo. Para se manter

88 “Se existem princípios no Direito, então o positivismo jurídico resulta inviável.” FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 179.

89 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

90 Esta positivação será essencial, apenas, para os denominados positivistas inclusivos.

91 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 143.

92 Idem, p. 143.

fiel aos postulados de uma autêntica teoria do Direito, a diferença entre os princípios e as regras deve ser vista de forma estritamente quantitativa, e não qualitativa.⁹³ Logo, os princípios assumem apenas uma funcionalidade específica no ordenamento jurídico, nele introduzindo normas que atribuem uma maior discricionariedade a autoridade responsável por “aplicar” o Direito. Como a maioria das normas de um ordenamento jurídico, os princípios são vagos e abstratos, projetando uma dimensão “programática” para o momento da sua aplicação. A única diferença entre princípios e regras é de densidade normativa (e, portanto, de natureza quantitativa), consistindo, em razão da formulação linguística veiculada, na maior discricionariedade delegada a autoridade responsável pela aplicação da norma.⁹⁴

Assim sendo, a positivação de princípios não tem por função “materializar certos valores de uma determinada sociedade”. Na verdade, de acordo com Neil MacCormick, “quando dizemos que a lei ‘encarna’ valores, estamos falando por metáfora. (...) Os valores apenas são ‘encarnados’ na lei no sentido em que e na medida em que seres humanos aprovelem as leis de que dispõem em virtude dos estados de coisas que elas supostamente devem garantir, sendo eles estados de coisas que, por algum motivo, são considerados justos ou, de outro modo, bons.”⁹⁵

De acordo com a Teoria Pura do Direito, é possível dizer que os princípios apenas introduzem uma norma dotada de *indeterminação intencional* no ordenamento positivo, de modo que a autoridade estará autorizada agir de modo discricionário. Na verdade, os princípios em muito se aproximam dos conceitos jurídicos indeterminados, porém dotados de uma outra peculiaridade: os princípios não preveem a conduta a ser seguida pela autoridade.

O que há aqui, na melhor das hipóteses, é uma quarta espécie de indeterminação intencional, não prevista expressamente no normativismo kelseniano, mas perfeitamente compatível com os seus postulados teóricos. Assim sendo, presentes os pressupostos de incidência de um princípio, veiculada através de um conceito jurídico indeterminado, a autoridade responsável por sua aplicação pode estabelecer a conduta a ser seguida pelo seu destinatário mediato. Longe de reconhecer os “valo-

93 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 61; SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial* In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 136.

94 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 61.

95 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 306.

res comuns” de uma sociedade política, a positivação de um princípio, em sede teórica, somente pode indicar a introdução, no ordenamento jurídico, de um conceito jurídico indeterminado, cuja finalidade somente poderá ser obtida após a sua integração pela autoridade competente para aplicar o Direito.

6.2. Conflito entre Princípios

Entendidos os princípios como espécie de indeterminação intencional, uma consequência importante surge no cenário teórico: a teoria da ponderação resulta completamente desnecessária – ou mesmo equivocada – para a resolução dos denominados conflitos entre princípios.

De acordo com uma destacada defensora do “método” da ponderação, a mesma consiste numa “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.⁹⁶ A ponderação seria, assim, uma “técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos”⁹⁷. Desse modo, “ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito que, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.”⁹⁸

Note-se, de início, que a “teoria” da ponderação nada tem de técnica. A ponderação apenas mascara, com cores de juridicidade, uma questão estritamente política: o resultado de qualquer ponderação sempre será uma “decisão política disfarçada”. De outro lado, a badalada teoria da ponderação não é capaz de fornecer critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser dirimidos: tal critério não pode ser retirado da norma “interpretada”, da lei que a contém ou da ordem jurídica global. O resultado de tal “ponderação” será sempre um ato de criação, de cunho eminentemente político.⁹⁹

96 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

97 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

98 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 74.

99 “A política como arte de governar, isto é, como prática de regulamentar a conduta social dos homens, é uma função da vontade e, como tal, uma atividade que necessariamente pressupõe a assunção consciente ou inconsciente de valores, cuja realização é o propósito dessa atividade.” Kelsen, Hans. **Ciência e Política**. In: *O que é Justiça?*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 349.

Na verdade, o caso de conflito entre princípios pode ser resolvido com a metodologia positivista. Como já foi visto, a indeterminação não-intencional da norma jurídica pode decorrer do fato de 02 (duas) normas jurídicas, que pretendem incidir simultaneamente – o que ocorre, por exemplo, quando ambas são produto do mesmo ato jurídico –, se contradizem total ou parcialmente.¹⁰⁰

Neste estudo, já foi visto que o princípio da não contradição somente pode ser aplicado aos enunciados que derivem dos atos de pensamento. Como as normas jurídicas (e, portanto, os princípios) são o sentido de atos de vontade dirigidos à conduta de outrem, não podem ser verdadeiras nem falsas, mas sim válidas ou inválidas.¹⁰¹ Logo, se ambos os princípios em choque são decorrência do mesmo ato de vontade, nenhum deles suprime a “verdade” da outra.¹⁰² A situação criada por um conflito de princípios consiste em que um deles poderá ser “cumprido” e outro “violado”.¹⁰³

Considere-se este exemplo: a Constituição de 1988 reconhece a todas as pessoas tanto o direito à vida (art. 5º, *caput*), quanto o direito de ir e vir (art. 5º, XV), e delega ao Parlamento a competência para legislar sobre direito penal (art. 22, I). Ao aplicar ambas as normas, potencialmente conflitantes, a autoridade competente pode optar, através de uma análise estritamente política: i) por restringir o direito de ir e vir daquele que atentar contra a vida de outrem (inclusive em que medida),¹⁰⁴ ou ii) por simplesmente não legislar, caso não haja uma norma constitucional específica que preveja o dever de legislar sobre a matéria.

Nem se fale aqui que esse tipo de assertiva não estaria “levando os Direitos a sério”, por somente identificar o Direito após uma decisão favorável da autoridade competente. Num sentido fraco, ambas as partes interessadas têm Direitos pela simples circunstância da positivação de uma norma jurídica (regra ou princípio), desde que os pressupostos fáticos que estejam neles identificados sejam verificados na prática (Direito em sentido fraco). Nesse sentido – e apenas nesse –, é correto dizer que a decisão judicial meramente aplica Direitos preexistentes.¹⁰⁵

100 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

101 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 263.

102 Idem, p. 281.

103 Idem, p. 267.

104 Não obstante, não pode fazê-lo de forma ilimitada, uma vez que o mesmo documento normativo limita, de modo negativo, o conteúdo da norma a ser criada, através da vedação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou de caráter cruel (art. 5ª, XLVII), e de modo positivo, através da previsão das espécies de penas que podem ser adotadas (art. 5ª, XLVI).

105 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 334.

Por outro lado, estabelecido um conflito normativo – ou seja, verificada a existência de Direitos *prima facie* –, todos os participantes passarão a disputar o sentido que deverá prevalecer como Direito efetivo. Somente após levar em conta todos os aspectos normativos e concretos, a autoridade competente poderá proceder a uma escolha real entre os Direitos *prima facie* que competem entre si,¹⁰⁶ através de uma decisão. Em sede teórica, um conflito entre princípios apenas pode significar uma discricionariedade atribuída pela norma à autoridade competente, que poderá decidir pela aplicação de um ou de outro princípio, inclusive em que medida.

PARTE III – POR UMA PRÁTICA DO DIREITO (OU DINÂMICA JURÍDICA)

7. DEPOIS DA TEORIA: A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA PRÁTICA JURÍDICA

Como foi demonstrado até aqui, Kelsen jamais se preocupou em estruturar uma prática jurídica em seu projeto teórico. Sua preocupação sempre foi elaborar uma teoria livre “de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do direito, e não a sua formação”.¹⁰⁷ Uma vez que a aplicação do Direito leva em conta, necessariamente, questões morais, a Teoria Pura do Direito se viu impedida de avançar sobre a dinâmica jurídica.

Não se trata, por óbvio, de uma imperfeição ou deficiência de seu projeto teórico, mas antes, de uma insuficiência intrínseca, sempre assumida de forma expressa. Fiel ao ideal de objetividade, que entendia crucial em qualquer ciência, Kelsen restringiu-se a apontar os limites da atividade teórica: a impossibilidade de atingir o verdadeiro sentido da norma jurídica através de um processo cognitivo.¹⁰⁸

É impossível, neste ponto, não ser contagiado por certa dose de frustração: se, de um lado, o normativismo possibilitou a denúncia (e fixação) dos limites da prática jurídica, impediu, de outro, a fundação de uma teoria dogmática da aplicação do Direito. É dizer: em nome de uma teoria sobre a norma e o ordenamento jurídico,¹⁰⁹ a Teoria Pura do Direito abandonou a decisão jurídica a sua própria sorte.

¹⁰⁶ MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 336.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII.

¹⁰⁸ GAINO FILHO, Itamar. *Positivismo e Retórica – Uma Visão de Complementariedade entre o Positivismo Jurídico de Hans Kelsen e a Nova Retórica de Chaïm Perelman*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 70.

¹⁰⁹ Nas palavras do próprio Kelsen, “são tema de uma teoria geral do Direito as normas jurídicas, os seus elementos, a sua inter-relação, a ordem jurídica como um todo, a relação entre as diferentes ordens jurídicas e, finalmente, a unidade do Direito na pluralidade das ordens jurídicas positivas”. In: *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII.

Isso não significa, todavia, que não seja possível a construção de uma dogmática sobre a prática jurídica. Mesmo se abstendo, escrupulosamente, de entrar na prática, Kelsen iluminou, talvez como ninguém, os caminhos da mesma.¹¹⁰ Se é verdade que a Teoria Pura do Direito contentou-se com uma interpretação científica do Direito, num trabalho de *identificação* as possibilidades decisórias conferidas pela norma jurídica (ou pelo ordenamento), também é verdade que graças a este procedimento foi possível definir os limites de uma dogmática sobre a prática jurídica.

Desse modo, é simplesmente impossível avançar coerentemente na análise da decisão jurídica sem respeitar os limites da prática, num abandono, ainda que parcial, dos postulados estabelecidos pela Teoria Pura do Direito. Este “desafio kelseniano”,¹¹¹ consistente em revitalizar a distinção entre a teoria do Direito e a teoria da argumentação,¹¹² será respondido em 02 (dois) momentos: i) num primeiro momento, pretende-se estabelecer *como* a razão pode nos ajudar na resolução de questões práticas; ii) num segundo momento, almeja-se demonstrar os principais traços de uma teoria da argumentação jurídica consequente.

8. A RAZÃO PRÁTICA POSSÍVEL

Não se pode negar que o discurso racional oferece importantes subsídios para a decisão de questões práticas. Esta afirmação não contradiz com o que foi sustentado durante (quase) todo o presente trabalho. Se, de fato, a decisão sobre uma questão prática não pode ser *tomada* por critérios racionais, isso não significa que a razão não possa nos *ajudar* nestas decisões.

Explica-se: se a decisão (em si) não é um produto do exercício da razão, o mesmo não pode ser dito do importante papel a ser desempenhado por ela no processo anterior à decisão. Em questões práticas, compete à razão eliminar certos ruídos do processo argumentativo, tornando mais clara a decisão em si.

8.1. A Delimitação do Significado

O primeiro ruído que a razão pode afastar da prática diz respeito aos significados possíveis da norma. Nesse passo, é necessário afastar a impressão de

110 Devo esta constatação ao dileto mestre João Guilherme de Moraes Sauer, em debates travados no blog de um grande amigo, o professor Letácio Jansen. *In*: <http://letacio.com/blog/?p=189>, com acesso em 08 de dezembro de 2006.

111 Desafio este lançado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. *In*: **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 263.

112 SANCHÍS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y Ponderação Judicial** *In* CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 184.

que a determinação do significado seja um ato totalmente livre por parte da autoridade. Se, de fato, sempre existem *diversos* significados possíveis no texto normativo, isso não significa que, deste, *qualquer* significado poderá ser extraído.

Num primeiro momento, a razão pode realizar uma abordagem *estática* da linguagem veiculada no texto normativo. Neste momento, apenas devem ser registrados os significados positivos, isto é, aqueles significados que, através de uma prática social ampla, já foram devidamente formalizados (dicionarizados, decididos ou eleitos). Não se verifica aqui como se interpreta o texto (atividade-meio), mas como o mesmo já foi interpretado (atividade-fim).¹¹³

Num segundo momento, a razão pode nos guiar para uma abordagem *dinâmica* do texto normativo. Aqui, mais do que simplesmente enunciar o significado positivo, cumpre buscar uma explicação de como esses significados se formaram. Pautada antes na atividade do que em seu resultado, constata-se que toda argumentação se processa através de uma (i) “ação discursiva”; (ii) realizada num determinado “contexto”; (iii) no qual são estabelecidas “relações de poder”; (iv) marcadas por disputas ideológicas.¹¹⁴

Uma “ação discursiva” nada mais é do que uma prática linguística realizada em um tempo e lugar definido. Desse modo, é sempre possível identificar o seu emprego linguístico corrente (ou seja, o seu ponto de apoio), reconhecendo-se, com isso, uma restrição significativa do texto normativo, bem como as relações de poder envolvidas entre quem os formula e aqueles aos quais eles se destinam.

Outrossim, este significado sempre deve ser (e é) produzido em determinado “contexto”, assim entendida a situação específica em que se processa a ocorrência linguística. Por não se processar no vazio, toda ação discursiva pressupõe um contexto, sendo, pois, realizada dentro da realidade que rodeia o signo, o ato verbal ou um discurso.

Como se não bastasse, toda interação, por ser realizada entre sujeitos, encontra-se permeada pela realidade inerente à posição que estes desempenham nos grupos diversos. Nesse sentido, a ação discursiva sempre irá assumir determinada função social de poder, pretendendo cada um dos sujeitos conduzir a conduta a ser seguida pelo outro.

Por fim, se é através da ação discursiva que os interlocutores constroem os sentidos das palavras, é correto dizer que os sujeitos, ao se

¹¹³ SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 602.

¹¹⁴ Todas as idéias desenvolvidas nos próximos parágrafos foram originalmente estabelecidas pelo professor Adrian Sgarbi. *In: Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, no prelo, p. 602 e seguintes.

comunicarem, “marcam posições” por meio de afirmações e objeções. As palavras, em geral, e os textos normativos, em particular, sempre serão os indicadores mais sensíveis de todas as transformações sociais, mesmo daquelas que ainda não abriram caminho para sistemas ideológicos estruturados e bem-formados.¹¹⁵

Em síntese: se a razão não pode determinar a verdade da última camada da ação discursiva, a saber, a motivação final para o ato (leia-se: a escolha do significado “correto”), ela pode, diante às questões práticas, fornecer importantes subsídios: i) para a *delimitação* do seu contexto; ii) para a *identificação* das relações de poder em jogo; e iii) para a *determinação* das ideologias dos sujeitos envolvidos.

8.2. *Detectando a Validade do Argumento*

Um processo argumentativo nada mais é que uma interação entre dois ou mais participantes, na qual cada um deles alega que seus argumentos podem ser justificados. Num processo argumentativo é comum que estejam presentes diversos argumentos. Na prática, os argumentos costumam ser macroestruturas formadas por argumentos menores (ou subargumentos).¹¹⁶

Nesse particular, a primeira tarefa da razão humana é justamente identificar e formular com clareza cada um desses argumentos. Seja curto ou extenso, cada argumento sempre oferece um núcleo semântico, sendo este (o núcleo semântico) entendido como um conjunto de proposições formadas por uma ou mais conclusões e alguns conjuntos de premissas.¹¹⁷ Essas proposições, por sua vez, indicam – ou melhor, têm a pretensão de indicar – uma unidade de linguagem verdadeira. Logo, cada proposição, como unidade de linguagem, pode ser verdadeira ou falsa.

Dessa forma, um conjunto coerente de proposições (unidade de linguagem com pretensão de correção) forma um argumento. Desse modo, a validade de qualquer argumento depende: i) da verdade (ou validade) de suas proposições; ii) da validade formal do argumento obtido por estas proposições (objeto da lógica formal); e iii) da ausência de proposições enganosas, introduzidas no argumento para ratificar desde logo a conclusão desejada (objeto da lógica informal).

115 BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. 11ª ed., São Paulo: Hucitec, 2004, p. 41.

116 WALTON, Douglas N.. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 160.

117 Idem, p. 151.

8.2.1. A “Verdade” das Proposições

Após se decompor cada um dos argumentos em proposições, deve a razão buscar identificar o acerto (ou a verdade) de cada uma delas, sem considerar as suas relações recíprocas. De fato, as proposições que não podem ser testadas ou falseadas não valem para grandes coisas.¹¹⁸ Imagine-se o seguinte argumento:

Exemplo: Proposição A: *A taxa de homicídios no Brasil é extremamente elevada.* Proposição B: *A pena de morte é uma medida eficaz para a redução do número de homicídios.* Conclusão: *A pena de morte deve ser adotada no Brasil.*

Para se afirmar a verdade da *proposição A*, faz-se necessário um amplo estudo acerca da violência no país. Devem ser elaboradas, por exemplo, estatísticas complexas em que conste o número de mortes por porção de habitantes. Deve, ainda, ser verificado se, em outros países, as taxas de homicídios não são mais altas do que aqui. Ainda assim, a expressão “extremamente elevada” nada nos diz sobre qual seria a taxa tolerável de homicídios, nem mesmo se há ou não um uma taxa deste tipo. Em qualquer caso, afirmar a “correção” desta proposição será uma tarefa complicada, ou mesmo impossível.

Noutro giro, para se afirmar a verdade da *proposição B*, deve ser verificado se, nos países em que se adota a pena de morte, as taxas de homicídios são menores do que aqui. Melhor ainda se a pesquisa for feita em países que passaram a adotar a pena de morte. Neste caso, será possível verificar, através de dados quantitativos, a redução ou não do número de homicídios após a introdução da medida. Por fim, será necessário verificar se não foram outras causas que serviram de estímulo à redução da taxa de homicídios, que não à adoção da pena capital, expressando a proposição, na verdade, uma mera coincidência.

Diante do exposto, verifica-se que o papel da razão em *questões práticas* não é tanto definir o “acerto” da proposição, mas sim problematizar a sua construção. Qualquer modalidade de argumento (ou, pelo menos, a maioria deles) envolve, pressupõe ou gira em torno de algumas proposições essenciais que, em grande medida, não são em si prováveis, demonstráveis ou confirmáveis em termos de razões complementares.¹¹⁹

118 SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado pelos Demônios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 208.

119 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 346.

8.2.2. A Lógica Formal

O argumento construído através de certas proposições pode demonstrar ou não uma coerência final. Por sua vez, a coerência do argumento é definida pelos critérios da lógica formal, sendo esta realizada mediante a análise do resultado final do conjunto das proposições.

Assim, sob o ponto de vista formal, se as premissas são verdadeiras, a conclusão, pela simples estrutura do argumento, necessariamente deverá ser verdadeira.¹²⁰ Logo, um argumento é válido quando não contém erros internos. Um exemplo trivial nos ajuda a entender melhor:

Exemplo: Premissa A: Sócrates é homem. Premissa B: Todo homem é mortal. Conclusão: Logo, Sócrates é mortal.

Inegavelmente, o argumento acima demonstrado é formalmente válido: se ambas as premissas são verdadeiras, a conclusão também o será. Igualmente, pouco importa qual seja o rearranjo das premissas: a conclusão sempre será um argumento válido. Explica-se:

Exemplo: Premissa A: Sócrates é mortal. Premissa B: Todo homem é mortal. Conclusão: Logo, Sócrates é homem.

Verifica-se, pois, que um argumento será formalmente válido quando, independentemente do lugar ocupado pelas proposições, a conclusão sempre seja a mesma. Há, portanto, uma espécie de “circularidade” entre as proposições elencadas, de sorte que cada uma delas poderá ocupar o lugar de premissa ou de conclusão, sendo idêntico o argumento desenvolvido ao final.

Note-se, todavia, que a lógica formal apenas pode detectar a validade formal do argumento, e não de suas proposições de *per si*. Evidentemente, não é sua tarefa investigar o “acerto” de cada uma das proposições que formam o argumento de modo isolado.

8.2.3. A Lógica Informal

É comum que, numa ação discursiva, diversas proposições sejam trazidas para desviar a atenção dos participantes, mais do que, propriamente, para se demonstrar a “verdade” do que se está afirmando. São as denominadas falácias, que são introduzidas num argumento justamente para induzir o adversário ao “erro”.

120 WALTON, Douglas N.. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 162.

A lógica informal tem por finalidade justamente detectar estas proposições falaciosas, que, além de não serem “verdadeiras”, apenas servem para introduzir num argumento uma proposição cuja finalidade é ratificar, desde logo, uma conclusão desejada. Essas falácias¹²¹ podem ser de 02 (dois) tipos:

De um lado, encontram-se as denominadas *falácias de relevância*, que têm por finalidade introduzir no processo argumentativo premissas irrelevantes, cuja conjugação com outras não indica, necessariamente, o acerto da conclusão. São falácias desta ordem, por exemplo: a) falácia *ad hominem*, que consiste em atacar o argumentador, e não o argumento; b) falácia *ad vericundiam* (apelo à autoridade): consiste no desvio de atenção em relação ao que se está sendo discutido invocando-se a credibilidade de uma autoridade; c) falácia *ad ignorantiam* (apelo à ignorância), quando se estabelece algo como verdadeiro com a alegação de que até agora ninguém soube apresentar sua falsidade; d) falácia *ad misericordiam* (apelo à misericórdia), quando se justifica algo apelando para a piedade ou ao “bom coração” do interlocutor.

De outro lado, encontram-se as *falácias semânticas*, assim designadas aquelas falhas de raciocínio obtidas por sutilezas de enganos relacionadas à construção das frases e o uso das palavras. São exemplos destas: a) falácia do equívoco, quando se introduz nas proposições um termo idêntico, mas com significados distintos; b) falácia da ênfase, ocorre quando se coloca em destaque uma parte da proposição que, ao ser admitida, induz a uma afirmação diversa daquela que é efetivamente enunciada; o que se busca é reduzir as possibilidades de resposta em termos binários (sim ou não), com a afirmação implícita de uma outra pergunta “escondida” (eg., “você já parou de bater na sua mulher?”).

8.3 O Ponto de Pura Divergência

Como visto, a razão pode ocupar um papel privilegiado para a eliminação dos ruídos incidentes sobre o processo argumentativo. Assim, mesmo depois de (i) delimitar os significados práticos possíveis, (ii) questionar a pretensão de correção das proposições e (iii) verificar a construção do argumento (formal e informalmente), fatalmente iremos nos deparar com uma divergência residual, que não pode ser decidida racionalmente.

121 Para uma lista completa dessas falácias, cf. SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 665 e seguintes.

Inevitavelmente, qualquer questão prática irá chegar a um ponto de pura divergência, sobre a qual, ainda assim, precisamos decidir. Neste ponto, estamos fora do alcance daquilo que pode ser racionalizado, embora tenhamos chegado a este ponto por determinadas razões.¹²² No ponto de pura divergência, não é a razão, e sim o sentimento, enquanto estrutura peculiar da espécie humana, que será chamada a decidir sobre uma questão prática.¹²³

As palavras de Neil MacCormick bem ilustram o raciocínio: “minha crença de que devo me esforçar para ser racional não é uma crença que eu possa justificar pelo raciocínio [leia-se: pela razão]. Naturalmente, pode ser explicado por que alguém com antecedentes sociais e familiares que eu tenho, criado numa família de profissionais liberais do século XX, é propenso a nutrir esse tipo de pensamento. É claro que também pode ser feita a conjectura de que todos os seres humanos têm uma natureza biológica e que uma parte essencial dessa natureza biológica é a propensão a favorecer a racionalidade. No entanto, essas são explicações, não justificações”.¹²⁴ E continua adiante: “se questionado quanto ao motivo pelo qual creio que deveria me esforçar para ser racional, ou de fato quanto ao motivo pelo qual todo ser humano deveria se esforçar para ser racional (...), eu na realidade só poderia repetir o comentário de Sócrates de que, para mim, uma vida não examinada não é digna de ser vivida.”¹²⁵

Desse modo, embora a argumentação seja um instrumento muito útil para clarear o processo de tomada de decisão, ela não é suficiente para a descoberta de uma suposta “verdade” das questões práticas, pois a “sutileza da natureza é muitas vezes maior do que a sutilezas dos argumentos”.¹²⁶

9. POR UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMPATÍVEL COM UMA TEORIA DO DIREITO

Como parece intuitivo, ao se falar de argumentação, está-se afirmando uma espécie de alternativa (ou renúncia) à força pura e simples. Se há uma argumentação, não é só porque se está diante de algo que é opinável e

122 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 331.

123 HUME, David. *Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 226.

124 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 349. Sobre a diferença entre explicação e justificação, valiosas são as lições de Manuel Atienza. In: *As Razões do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 20

125 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 349 e 350.

126 SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado pelos Demônios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 208.

duvidoso, mas também porque o diálogo não é enjeitado de início.¹²⁷ Considerando estes aspectos, por “argumentação” designa-se o processo prático realizado através de um diálogo, com vistas à defesa ou, em última análise, à justificação de uma decisão sobre uma questão duvidosa.¹²⁸

A teoria da argumentação, enquanto dogmática da prática jurídica, tem aspectos bem específicos, apresentando-se como um caso especial do discurso prático geral. Não interessa, pois, proceder a uma exposição exaustiva da teoria da argumentação. Estas linhas não pretendem inovar – nem mesmo catalogar – em nenhum dos seus aspectos. O que nos importa, aqui, é estabelecer uma análise preliminar dos contornos próprios da argumentação jurídica, enquanto dogmática específica.

9.1. As Características da Argumentação Jurídica

A questão que se coloca, inicialmente, é justamente esta: distinguir a argumentação jurídica da argumentação geral prática. Para tanto, um ponto pode – e deve – ser estabelecido desde já: a argumentação jurídica é caracterizada por seu necessário relacionamento com a lei válida,¹²⁹ assim identificada através da epistemologia positivista.

Como consequência desse marco teórico, impõe-se que a argumentação jurídica, enquanto dogmática da prática jurídica (e não da prática geral), somente seja desenvolvida dentro da moldura aberta pelo ordenamento jurídico. Qualquer tentativa de encaminhar a dogmática da argumentação para além destes limites irá, necessariamente, condenar o seu caráter especificamente jurídico.

Assim, uma decisão será juridicamente fundamentada sempre que estiver contida nos limites formais identificados pelos critérios positivistas,¹³⁰ ainda que a autoridade responsável a tenha proferido por mero capricho. Isto é: o argumento da correção é contingente e não afeta a validade da decisão. De outro lado, não se pode entender como juridicamente qualificada (leia-se: fundamentada) uma decisão proferida com base exclusiva em sua

127 SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, no prelo, p. 575.

128 Idem, p. 576.

129 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

130 A interpretação científica é puramente cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Segundo Kelsen, “a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.” E continua adiante: “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 396.

“correção” moral, em manifesta evasão dos limites formais fornecidos pelo ordenamento jurídico positivo.¹³¹

A grande consequência desta especificidade é o reconhecimento de diversas limitações à argumentação no campo jurídico. Enquanto na teoria da argumentação geral não existem, em regra, limitações quanto ao tempo, à forma ou ao conteúdo do discurso, na argumentação jurídica este procedimento é fortemente institucionalizado e especializado.¹³² Além de serem inevitáveis, a necessidade de decidir em tempo limitado numerosas questões práticas torna essas limitações não só aceitáveis, mas também razoáveis e necessárias.¹³³

Essas limitações à argumentação, por sua vez, são fornecidas pela própria ordem jurídica. Longe de oferecer um rol taxativo, algumas importantes limitações podem ser, desde, já, indicadas: i) as normas que indicam as pessoas legitimadas a argumentar;¹³⁴ ii) o momento¹³⁵ e a forma¹³⁶ em que os argumentos devem ser trazidos; iii) os meios de prova aceitos para confirmação dos argumentos, bem como o momento para requerer a sua produção e a distribuição do respectivo ônus; iv) a regra do contraditório, que exige a oitiva da parte contrária sempre que um argumento possa prejudicar sua pretensão, dentre outras.

9.2. A Justificação (Possível) da Decisão Jurídica

Como já foi demonstrado,¹³⁷ a teoria do Direito somente pode identificar as possibilidades de aplicação da norma jurídica. A atividade de aplicação do Direito, ou seja, o Direito enquanto prática foge por completo dos domínios legítimos de uma teoria do Direito, assim entendida a disciplina que tem por finalidade apenas descrever, e não prescrever o Direito.

131 POZZOLO, Susanna. **Un Constitucionalismo Ambiguo**. In: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 205.

132 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 354.

133 ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1989, p. 38. *Apud* SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, no prelo, p. 595.

134 No processo judicial, por exemplo, temos as normas sobre capacidade processual, legitimação processual e capacidade postulatória. No processo legislativo, por sua vez, são consagradas regras de tramitação dos projetos de lei, distribuindo-se a capacidade de fala entre as comissões, o plenário e a opinião pública, por meio das audiências públicas. Por fim, no processo administrativo, a capacidade de fala é atribuída genericamente a qualquer cidadão, em virtude do direito de petição.

135 Veja-se, por exemplo, a norma processual que estipula a revelia daquele que não aduz oportunamente as suas razões ou as normas atinentes à preclusão consumativa, lógica e temporal.

136 Como exemplo, as normas sobre o conteúdo necessário da petição inicial e de outras peças de postulação, como os recursos.

137 Vide a Parte II deste trabalho.

A atividade de interpretação, entendida como aplicação e, por consequência, como criação do Direito, é uma atividade de atribuição de sentido a uma norma jurídica, consistindo, pois, numa disputa de significado realizado por vários atores sociais especializados.¹³⁸ Após identificar as possibilidades de aplicação que a norma jurídica oferece, a autoridade competente deverá atribuir o sentido que entende ser o correto. Nesse sentido – e apenas nesse sentido –, é possível extrair o único sentido correto de uma norma jurídica.

Note-se, de início, que a autoridade competente não está juridicamente proibida de escolher qualquer das possibilidades indicadas pelo ordenamento jurídico. A autoridade pode, em princípio,¹³⁹ simplesmente impor a decisão que entende correta, sem sequer ouvir os sentidos reclamados pelos demais interessados: a decisão estará *fundamentada*, mas não *justificada*.

De outro lado, a autoridade competente pode, antes de impor a sua decisão, ouvir as *razões* apresentadas por todos ou alguns dos atores sociais interessados. Estabelece-se, neste caso, um processo argumentativo, anterior à decisão, que serve, nas sociedades em que o ideário democrático é bem-estabelecido pela prática, para legitimar a decisão jurídica: além de *fundamentada*, a decisão estará *justificada*.

Assim sendo, uma vez que o processo argumentativo tem por finalidade justificar a decisão, deve ser fornecida uma definição do que se entende por *justificação*. Quando uma decisão jurídica estará devidamente justificada? Desde logo, alerta-se que não se pode aceitar aqui a tese de que a justificação consista em demonstrar a ancoragem racional da decisão no contexto da ordem jurídica em vigor.¹⁴⁰

Em primeiro lugar, se uma decisão jurídica foi proferida dentro dos limites normativos, não se pode falar, propriamente, em justificação, matéria atinente à prática. No plano de análise estritamente teórica, é melhor invocar uma categoria produzida especificamente pela teoria do Direito: a fundamentação. Por isso, a ancoragem racional nada mais é que a iden-

138 SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, no prelo, p. 584.

139 Obviamente, nos sistemas em que a prática do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal está razoavelmente assentada, é difícil que isso venha a ocorrer. Não obstante, mesmo nos sistemas em que normas desta natureza integrem a estrutura do Direito Positivo, a abertura ao procedimento argumentativo não obriga que a autoridade competente os observe. Esta necessidade decorre de uma construção social acumulada, e não de uma simples previsão num documento normativo.

140 É o que sugere, por exemplo, Robert Alexy. *In: Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 269.

tificação do fundamento de validade da decisão jurídica. Neste caso, se a decisão tem seu fundamento de validade numa norma superior, ela estará devidamente fundamentada.

De outro lado, por ser matéria reservada ao domínio da prática, a justificação de uma decisão jurídica não pode ser obtida tendo como parâmetro a ordem jurídica. É simplesmente impossível uma justificação *externa* da decisão, e isto por 02 (dois) motivos: i) a uma, porque as normas jurídicas não fornecem o conteúdo da decisão jurídica, mas apenas o seu *fundamento*; ii) a duas, porque a justificação última da decisão não é um ato racional, sendo, antes, produto dos puros sentimentos. A busca por uma justificação da decisão em uma norma jurídica está fadada a circular no vazio.

Desse modo, qualquer decisão jurídica somente pode ser justificada sob o ponto de vista *interno*. Logo, uma decisão jurídica será *justificada* sempre que a mesma for antecedida de um processo argumentativo regular, em que: i) os significados práticos possíveis do texto estiverem delimitados;¹⁴¹ ii) a pretensão de correção de cada proposição que forma os argumentos estiver questionada;¹⁴² e iii) a construção formal e informal do argumento estiver devidamente verificada.¹⁴³ Eliminados os ruídos do procedimento argumentativo, além de sua adequação normativa (fundamentação) a decisão jurídica irá encontrar sua adequação prática, a saber, a sua *justificação interna*, única possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como adiantado na própria introdução, o presente trabalho não teve a intenção de ser conclusivo. Por óbvio, muitas das questões aqui tratadas merecem uma análise mais detida.

Antes, buscou-se, numa saudável dialética, superar a espécie de “discurso único” que se instaurou no pensamento jurídico contemporâneo. Infelizmente, ainda assiste razão a Kelsen, quando diz que “na ciência social, e especialmente na ciência do direito, ainda não há nenhuma influência capaz de se contrapor ao interesse esmagador que os que residem no poder, assim como os que anseiam por ele, têm por uma teoria que satisfaça os seus desejos, isto é, por uma ideologia política.”¹⁴⁴

¹⁴¹ Vide item 8.1. do presente trabalho.

¹⁴² Vide item 8.2.1. do presente trabalho.

¹⁴³ Vide itens 8.2.2. e 8.2.3. do presente trabalho.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXXIII.

Entendemos que a Teoria Pura do Direito continua sendo a melhor teoria descritiva do fenômeno jurídico e permanece, na atualidade, como uma teoria suficiente do Direito. Se essa teoria apresenta limitações práticas (e inegavelmente o faz), somente a partir dessas limitações é que uma dogmática sobre a prática jurídica pode ser elaborada. A teoria da argumentação jurídica encontra, nesse cenário, seu lugar ao sol, desde que respeitados os limites impostos pelo conhecimento à prática. ❖