

ALEXANDRE TRAVESSONI
GOMES TRIVISONNO

ELEMENTOS FUNDAMENTAIS
DE UMA TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE
NO DIREITO



Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no Direito
Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

24-199427

Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes

Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no direito
/ Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. São Paulo : Marcial Pons,
2024.

Bibliografia.

ISBN 978-65-85108-28-7

1. Direito processual civil -- Brasil 2. Discricionariedade judicial I. Título.

CDU – 347.9

Índices para catálogo sistemático:

1. Discricionariedade judicial : Direito processual civil 347.9
Aline Grazielle Benitez Bibliotecária – CRB-1/3129

© Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
© MARCIAL PONS BRASIL LTDA.
www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

Sumário

| | |
|------------------|----|
| PREFÁCIO..... | 7 |
| INTRODUÇÃO | 19 |

PARTE I

BASES FILOSÓFICAS E TEÓRICAS DE UMA TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE NO DIREITO

CAPÍTULO 1

| | |
|--|----|
| O modelo perfeito de aplicação do direito de Immanuel kant..... | 29 |
| 1. O modelo da aplicação perfeita de Kant..... | 29 |
| 2. Fases e divisão da filosofia de Kant..... | 30 |
| 2.1. Fases da obra de Kant | 30 |
| 2.2. A divisão da filosofia de Kant..... | 34 |
| 3. Elementos da filosofia moral de Kant..... | 39 |
| 3.1. Elementos da filosofia moral de Kant na <i>Crítica da razão pura</i> | 39 |
| 3.1.1. Objetivo e características essenciais do projeto kantiano na <i>Crítica da razão pura</i> | 39 |
| 3.1.2. Juízos analíticos e sintéticos, juízos a priori e a posteriori..... | 42 |
| 3.1.3. O conceito de ideia e a antinomia da liberdade..... | 44 |

| | |
|---|----|
| 3.2. A filosofia moral na <i>Fundamentação da Metafísica dos Costumes</i> | 46 |
| 3.2.1. A ética como ciência das leis da liberdade e o objetivo da <i>Fundamentação</i> | 46 |
| 3.2.2. Imperativos hipotéticos e categóricos..... | 53 |
| 3.2.3. Liberdade e autonomia da vontade..... | 66 |
| 3.3. A <i>Crítica da razão prática</i> | 68 |
| 4. O conceito de direito em Kant | 70 |
| 4.1. A equivocidade do conceito de direito em Kant | 70 |
| 4.2. O conceito de direito em <i>A metafísica dos Costumes</i> | 71 |
| 4.2.1. Deveres de direito e deveres de virtude..... | 72 |
| 4.2.2. O conceito e o princípio do direito | 76 |
| 4.2.3. Direito, deveres estritos e precisão matemática | 79 |
| 4.2.4. A relação de derivação teórica entre o direito e a moral em <i>A metafísica dos costumes</i> | 82 |
| 4.3. A conexão entre direito e moral e o dever de obediência à autoridade..... | 84 |
| CAPÍTULO 2 | |
| O modelo imperfeito de aplicação do direito no positivismo de Hans Kelsen | 89 |
| 1. O modelo da aplicação imperfeita de Kelsen | 89 |
| 2. As fases da obra de Kelsen em geral e de sua teoria da interpretação | 90 |
| 2.1. A teoria da interpretação no contexto das fases da obra de Kelsen..... | 90 |
| 2.1.1. A primeira periodização das obras de Kelsen, de Stanley L. Paulson..... | 93 |
| a. A primeira periodização geral de Paulson | 93 |

| | |
|--|-----|
| b. A periodização da teoria da interpretação de Kelsen na primeira periodização de Paulson | 98 |
| 2.1.2. A periodização das obras de Kelsen, de Carsten Heidemann | 102 |
| a. A periodização geral de Heidemann | 102 |
| b. A teoria da interpretação de Kelsen na periodização de Heidemann | 107 |
| 2.1.3. A segunda periodização das obras de Kelsen, de Stanley L. Paulson | 108 |
| a. A segunda periodização geral de Paulson | 108 |
| b. A teoria da interpretação de Kelsen na segunda periodização de Paulson | 112 |
| 2.2. Síntese da evolução da Teoria Pura do Direito em geral e da teoria da interpretação de Kelsen | 112 |
| 2.2.1. As questões fundamentais na evolução da Teoria Pura do Direito em geral | 113 |
| 2.2.2. A evolução da Teoria Pura do Direito: continuidade ou ruptura? | 115 |
| a. A tese da ruptura em 1935 (Heidemann)..... | 116 |
| b. A tese da ruptura na doutrina tardia (Paulson) | 122 |
| c. Resultados parciais | 133 |
| 3. A teoria da interpretação de Kelsen | 134 |
| 3.1. Evolução da interpretação nos escritos de Kelsen | 134 |
| 3.1.1. Interpretação nos primeiros escritos de Kelsen | 135 |
| 3.1.2. Interpretação nos escritos das décadas de 30 e 40 ... | 136 |
| a. Interpretação em <i>Sobre a teoria da interpretação</i> e na primeira edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 136 |
| b. Interpretação na Teoria geral do direito e do estado. | 140 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.3. Interpretação nos escritos da década de 50 e 60..... | 142 |
| a. Interpretação em <i>O direito das Nações Unidas</i> | 142 |
| b. Interpretação na versão francesa da primeira edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 145 |
| c. Interpretação na segunda edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 147 |
| 3.1.4. Interpretação na <i>Teoria geral das normas</i> | 150 |
| 3.2. Síntese da evolução e características essenciais que permanecem na teoria da interpretação de Kelsen..... | 151 |
| 3.3. As quatro perguntas fundamentais sobre a teoria da interpretação de Kelsen | 155 |
| 3.3.1. Possui Kelsen uma teoria da interpretação? | 155 |
| 3.3.2. Quantas e quais as fases da teoria da interpretação de Kelsen? | 157 |
| 3.3.3. A periodização da teoria da interpretação de Kelsen corresponde à periodização da Teoria Pura do Direito em geral? | 158 |
| 3.3.4. Há ruptura na teoria da interpretação de Kelsen? | 160 |
| 3.4. A razão por trás de tese da indeterminação de Kelsen: o relativismo de Kelsen e a negação da existência da razão prática..... | 161 |
| 4. Conceito de direito e estrutura das normas jurídicas em Kelsen. | 164 |
| 4.1. Conceito de direito e estrutura das normas em <i>Principais Problemas</i> | 164 |
| 4.2. Direito, dever, ilícito e estrutura das normas na Teoria geral do estado e na primeira edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 165 |
| 4.2.1. Normas primária e secundária na <i>Teoria geral do estado</i> | 165 |

| | |
|---|-----|
| 4.2.2. Sistematização de conceitos jurídicos fundamentais e da estrutura das normas na primeira edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 166 |
| 4.3. O direito e a estrutura das normas jurídicas na <i>Teoria geral do direito e do estado</i> | 170 |
| 4.4. A versão francesa da primeira edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 175 |
| 4.5. O desenvolvimento de uma teoria ampliada da estrutura das normas jurídicas na segunda edição da <i>Teoria pura do direito</i> | 178 |
| 4.6. A confirmação da teoria da estrutura das normas jurídicas na <i>Teoria geral das normas</i> | 190 |
| 5. Continuidade ou ruptura na Teoria Pura do Direito de Kelsen em geral: observação final | 195 |

CAPÍTULO 3

| | |
|---|-----|
| A teoria discursiva do direito de Robert Alexy | 197 |
| 1. A Teoria Discursiva do Direito de Alexy como teoria abrangente, seus elementos e suas fases | 197 |
| 1.1. A Teoria Discursiva do Direito como teoria abrangente | 197 |
| 1.2. A estrutura da Teoria Discursiva do Direito de Alexy como sistema: elementos e fases..... | 200 |
| 1.2.1. Elementos da teoria de Alexy..... | 201 |
| 1.2.2. As fases da teoria de Alexy | 202 |
| 1.2.3. A tese do caso especial como método da Teoria Discursiva do Direito de Alexy..... | 206 |
| 2. A Teoria do Discurso Jurídico | 209 |
| 2.1. Método e elementos fundamentais da Teoria do Discurso de Alexy na <i>Teoria da argumentação jurídica</i> | 209 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. O discurso prático geral na <i>Teoria da argumentação jurídica</i> | 216 |
| 2.2.1. Características do discurso prático geral..... | 216 |
| 2.2.2. As regras do discurso prático geral..... | 219 |
| 2.3. O discurso jurídico na <i>Teoria da argumentação jurídica</i> | 227 |
| 2.3.1. A tese do caso especial... .. | 227 |
| 2.3.2. Formas de justificação de juízos jurídicos..... | 229 |
| a. A justificação interna | 229 |
| b. A justificação externa..... | 232 |
| 2.4. Discurso prático geral e discurso jurídico..... | 237 |
| 2.5. O desenvolvimento da Teoria do Discurso Jurídico após a <i>Teoria da argumentação jurídica</i> | 239 |
| 2.5.1. O modelo de discurso jurídico de quatro níveis de Alexy | 240 |
| 2.5.2. A Discrecionalidade judicial e o “problema do conhecimento prático” no âmbito da Teoria do Discurso Jurídico de Alexy | 243 |
| 2.6. Discurso ideal e discurso real | 249 |
| 2.7. A determinação dos tipos de razões que permeiam o discurso prático geral: o debate entre Alexy e em Habermas | 254 |
| 2.7.1. Três tipos de discursos ou razões em Habermas | 255 |
| 2.7.2. A crítica de Habermas à tese do caso especial de Alexy | 257 |
| 2.7.3. A resposta de Alexy a Habermas e a determinação dos tipos de razões que permeiam o discurso prático geral | 258 |
| 3. A Teoria dos Princípios Jurídicos | 260 |
| 3.1. Elementos fundamentais | 261 |
| 3.2. O esboço da teoria dos princípios em <i>Sobre o conceito de princípio jurídico</i> | 261 |

| | |
|---|------------|
| 3.2.1. A visão de Alexy sobre a distinção entre regras e princípios em Dworkin..... | 261 |
| 3.2.2. A visão de Alexy sobre os problemas da tese de Dworkin | 264 |
| 3.2.3. O diferente caráter prima facie de regras e princípios, o dever ser ideal e o dever ser real..... | 267 |
| 3.2.4. Questões referentes à aplicação dos princípios | 270 |
| 3.3. A Teoria dos Princípios na <i>Teoria dos direitos fundamentais</i> | 272 |
| 3.3.1. O conceito de norma jurídica | 272 |
| 3.3.2. A distinção entre regras e princípios | 279 |
| a. Os critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios..... | 280 |
| b. A distinção entre regras e princípios de Alexy | 282 |
| c. A lei da colisão | 285 |
| d. Normas de direito fundamental atribuídas | 288 |
| e. O diferente caráter prima facie de regras e princípios | 290 |
| f. Princípios e generalidade..... | 293 |
| 3.3.3. Os princípios e a máxima da proporcionalidade..... | 294 |
| 3.3.4. Princípios e ponderação: a lei da ponderação..... | 296 |
| 3.3.5. Outros aspectos relevantes da teoria dos princípios na <i>Teoria dos direitos fundamentais</i> | 301 |
| 3.4. Princípios formais e discricionariedade legislativa | 302 |
| 3.4.1. Princípios formais e discricionariedade legislativa no <i>Posfácio da Teoria dos direitos fundamentais</i> | 303 |
| 3.4.2. O ensaio <i>Princípios formais</i> | 314 |
| 3.5. A conexão entre teoria dos princípios e teoria do discurso | 317 |
| 4. O Conceito de direito em Alexy | 318 |

| | |
|---|-----|
| 4.1. A Classificação positivismo jurídico/não-positivismo jurídico e os elementos básicos do conceito de direito de Alexy | 319 |
| 4.2. A análise pormenorizada do conceito de direito de Alexy | 326 |
| 4.2.1. O conceito de injustiça extrema em Alexy | 326 |
| a. A fórmula de Radbruch e o conceito de direito de Alexy | 326 |
| b. A injustiça extrema em Alexy | 329 |
| 4.2.2. A resposta de Alexy aos dois principais argumentos positivistas contra a fórmula de Radbruch..... | 333 |
| 4.2.3. A integração da argumentação e dos princípios no conceito de direito de Alexy | 338 |

PARTE II

ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DE UMA TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE NO DIREITO

CAPÍTULO 1

| | |
|---|-----|
| Elementos das teorias anteriores que integram a teoria da discricionariedade no direito..... | 347 |
| 1. O caminho da construção do esboço de uma teoria da discricionariedade no direito | 347 |
| 2. A filosofia do direito de Kant como ponto de partida e ponto de chegada de uma teoria da discricionariedade no direito | 348 |
| 3. O conceito de direito pressuposto em uma teoria da discricionariedade no direito..... | 351 |
| 3.1. O conceito de direito de Kant | 351 |
| 3.1.1. É o conceito de direito de Kant positivista ou não-positivista? | 352 |
| 3.1.2. Elementos do conceito de direito de Kant que permanecem em uma teoria da discricionariedade no direito | 356 |
| a. Moral, direito e liberdade..... | 356 |

| | |
|---|-----|
| b. A coerção | 358 |
| c. A perfeição | 358 |
| 3.1.3. Os limites do conceito de direito de Kant | 360 |
| 3.2. O conceito de direito de Kelsen..... | 362 |
| 3.2.1. Elementos do conceito de direito de Kelsen que permanecem em uma teoria da discricionariedade no direito | 362 |
| a. A estrutura escalonada da ordem jurídica e a teoria da interpretação de Kelsen | 362 |
| b. O direito como ordem coercitiva e a estrutura das normas jurídicas | 365 |
| c. Regulamentação positiva e negativa..... | 366 |
| 3.2.2. Os limites do conceito de direito de Kelsen..... | 367 |
| 3.3. O conceito de direito de Alexy..... | 367 |
| 3.3.1. O conceito de direito e a classificação das teorias jurídicas de Alexy | 367 |
| a. Crítica e reconstrução do conceito de injustiça extrema | 369 |
| b. Crítica à classificação das teorias jurídicas de Alexy | 375 |
| 3.3.2. Demais elementos do conceito de direito de Alexy que permanecem em uma teoria da discricionariedade no direito | 378 |
| a. A tese do caso especial: o discurso moral e o discurso jurídico..... | 379 |
| b. Os princípios jurídicos | |
| 3.3.3. Limites da Teoria Discursiva do Direito de Alexy .. | 382 |

CAPÍTULO 2

| | |
|--|-----|
| Elementos Fundamentais da Teoria da Discricionariedade no Direito | 383 |
| 1. O conceito de discricionariedade..... | 383 |
| 2. Discricionariedade dos órgãos estatais propriamente ditos..... | 388 |

| | |
|--|---------|
| 2.1. Discricionariedade legislativa e judicial: as teorias de Kelsen e Alexy como ponto de partida | 388 |
| 2.2. Proposta de distinção entre discricionariedade legislativa e judicial | 390 |
| 2.2.1 Discricionariedade legislativa | 390 |
| a. Discricionariedade do legislador constitucional originário | 391 |
| b. Discricionariedade do legislador constitucional derivado e do legislador ordinário | 392 |
| c. Discricionariedade da administração em sua função de legislar | 394 |
| d. O papel dos princípios na discricionariedade legislativa | 395 |
| 2.2.2. Discricionariedade judicial | 397 |
| a. Discricionariedade judicial ordinária..... | 397 |
| b. Discricionariedade da corte constitucional..... | 400 |
| c. O papel dos princípios na discricionariedade da corte constitucional e na discricionariedade judicial ordinária | 400 |
| 2.2.3. Discricionariedade administrativa | 407 |
| 3. Discricionariedade do cidadão e autonomia privada..... | 407 |
| 4. Um modelo de criação, aplicação e observância do direito..... | 408 |
| 4.1. A crítica de Bäckler ao modelo de Alexy..... | 408 |
| 4.2. Proposta de um modelo de criação, aplicação e observância do direito..... | 409 |
| 4.3. A formulação final do modelo 2 x 6 | 412 |
| Bibliografia | 415 |