

**A FUNÇÃO DOS JUÍZES: ELES CRIAM O DIREITO OU  
SIMPLEMENTE INTERPRETAM-NO? A JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DAS TEORIAS  
DA DECISÃO JUDICIAL E DA PRÁTICA JUDICIAL DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

---

*Daniel Giotti de Paula\**

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Interpretação como ato de vontade ou de decisão. 3 A limitação da linguagem jurídica: aproximação à textura aberta. 4 O ataque dworkiano ao positivismo e a existência de uma versão fraca de discricionariedade judicial. 5 Consequencialismo e pragmatismo jurídico: critérios para um modelo “realista” de decisão judicial; 6 A face oculta das teorias da decisão judicial: o decisionismo; 7 A prática jurisdicional brasileira entre o positivismo normativista, a força dos princípios e o pragmatismo. 8 Conclusão

**Resumo:** O presente artigo se propõe a tratar da tradicional questão da Teoria do Direito, de saber se o juiz revela ou cria o direito, que também é relevante para o Direito Constitucional. Trata-se de uma questão conectada à discricionariedade judicial, analisada sob a luz de três vertentes do pensamento jurídico: o positivismo normativista, o direito como integridade de Ronald Dworkin e o pragmatismo jurídico. A partir da análise de alguns casos, defende-se que o STF tem adotado aleatoriamente, e sem crítica, diferentes teorias sobre os limites da jurisdição constitucional. Daí é desvelado uma possível motivação escondida nas decisões judiciais, que é o puro decisionismo: a substituição de normas jurídicas prévias e gerais, criadas pelos parlamentos e governos, pelo mero desejo dos juízes em criarem o direito em uma postura ativista que desafia o modelo clássico de separação de poderes.

**Palavras-chave:** Teoria do direito. Jurisdição constitucional. Discricionariedade judicial. Ativismo. Decisionismo.

---

\* Pós-graduado em direito empresarial e econômico pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em teoria do estado e direito constitucional pela PUC-Rio. Procurador da Fazenda Nacional.

## 1. Introdução

O que particulariza o direito é a norma jurídica, um comando imposto à determinada comunidade que, se descumprido, permite que o Estado use do monopólio legítimo da força para obrigar quem não o observa a adequar sua conduta, impingindo-lhe um castigo pela desobediência.

A simplicidade dessa assertiva não pode, porém, esconder o fato de que uma ordem, quando dada de um emissor para um receptor, quanto mais se há vários receptores em potencial – como é o caso da comunicação na linguagem jurídica que se dirige a pessoas com as mais variadas cosmovisões e graus de cultura, envolve uma operação mental de decodificação para se extrair o comando de uma determinada construção linguística.

Importa saber, portanto, como a partir de um texto jurídico se chegará ao sentido mesmo da norma, enfim, ao dever-ser que se busca mediante a edição de leis dentro de um dado Estado.

É interessante estudar, ainda, a indeterminação do direito, fruto da limitação da linguagem, em alguns casos advinda expressamente da vontade do criador do texto jurídico e oferecer mecanismos para identificar o fenômeno, realçando como se tem lidado com ele.

Essa questão que tem ganhado vulto nos últimos anos, a ponto de se falar em uma Nova Hermenêutica Constitucional, pouco tem de original, já se constituindo, anteriormente, em preocupação dos trabalhos de dois dos maiores expoentes do positivismo jurídico: Hans Kelsen e Herbert Hart.

Tais teóricos, após identificar o que seria o Direito a partir de seus projetos de análise, concluirão que a interpretação dos textos normativos é elemento crucial para a Teoria do Direito.

A verdade é que os positivistas, constatarem que, além de um conjunto de sentidos bem definidos que se pode extrair das normas, há uma zona de penumbra, afirmam que, ante a falta de uma diretriz estabelecida plenamente vinculada para a solução do caso, gozam os juízes de discricionariedade<sup>1</sup> para decidir o caso (BRANCO, 2009, p. 147).

---

<sup>1</sup> O tema da discricionariedade talvez seja um dos mais polêmicos na teoria jurídica contemporânea. Não se pode, porém, confundir discricionariedade com arbitrariedade, pelo fato de esta ser de mais fácil solução por ser fenômeno que se dá contrariamente ao direito positivado. Discricionariedade, porém, envolve a ausência de um critério previamente delimitado no direito positivo. Tem interesse, aos juristas, sobretudo o que se chamou de discricionariedade forte, que existe quando há “duas ou mais respostas jurídicas, cada qual igualmente correta no que tange ao direito, forçando, então, o juiz a fazer sua escolha conforme padrões extra-jurídicos” (KLATT, 2007, p. 509).

Neste artigo, pretende-se abordar algumas questões-chave para saber os limites de uma decisão judicial. De início, estudar-se-á a ideia kelseniana de que o direito a ser aplicado é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Nesse sentido, procura-se entender a interpretação como ato de vontade ou ato de decisão, o que remonta ao debate memorial: o juiz cria ou revela o Direito?

Em seguida, passando-se às preocupações hartianas, chega-se à ideia de que a linguagem jurídica, como qualquer linguagem, sofre limitações, daí falar-se em textura aberta. Para isso, recorrer-se-á às concepções de Waissmann e Wittgenstein.

Deve ficar marcado que as duas propostas são empíricas, preocupando-se em descrever como o juiz atua nos quadrantes jurídico-institucionais, não devendo perder de vista essa orientação, sob pena de se obscurecer o brilhantismo das teorias em apreço.

Em seguida, parte-se para o estudo da proposta dworkiana, que enxerga uma discricionariedade fraca e não vê indeterminação no direito. Desse modelo contrafático, passa-se para a análise do consequencialismo jurídico, uma vertente do pragmatismo.

Ao final, objetiva-se testar a adesão das teorias pelos ministros do STF e lançar alguma crítica sobre a necessidade ou não de adoção das grandes teorias do direito em uma corte constitucional.<sup>2</sup>

## 2 Interpretação como ato de vontade ou ato de decisão?

Os esforços metodológicos de Hans Kelsen em criar uma *teoria pura* são ignorados por leitores de sua obra que partem de análises pontuais, visando a legitimar uma série de afirmações peremptórias, dogmáticas, acerca de sua “Teoria Pura do Direito”. É como se a obra fosse lida “em tiras”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Aqui, por óbvio, considerar-se-á apenas uma das funções do STF, que é a de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF), entre as muitas que o texto constitucional de 1988 aponta.

<sup>3</sup> Repudia-se a interpretação da Constituição feita em tiras, aos pedaços, como se fosse possível dar significado normativo a uma norma jurídica isolada. Ver GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 195-196. Transpôs-se, aqui, a advertência do autor para o âmbito da doutrina, pois muito embora não haja um postulado da coerência que imponha a quem faz doutrina ser totalmente coerente – e é mesmo comum a incoerência, quando se analisam textos escritos em contextos diversos –, deve-se repudiar aquela interpretação descontextualizada do que é produzido pela dogmática jurídica. Percebe-se, sobretudo no contexto brasileiro, uma tentativa de desqualificar o positivismo jurídico, muitas vezes simplificando-o como se não possuísse vertentes, e apontando para seu fim. Parece, contudo, que o positivismo ainda é uma tradição viva, embora sem o necessário debate em terras brasileiras (MEDEIROS, 2009, p. 12).

Entre essas afirmações está uma que interessa mais a este trabalho: a de que a interpretação jurídica nada mais é que o ato do juiz buscar a vontade da lei.

Sabe-se que o objetivo fundamental da teoria pura é fazer ciência, retirando, então, do estudo do direito [da ciência jurídica] todos os elementos que possam ser estranhos a seu objeto de conhecimento constituído pelas normas jurídicas (KESEN, 2001, p. 1).

Fiel a suas premissas metodológicas, Kelsen separa o estudo das normas sociais – morais e jurídicas, cabendo à ciência jurídica, obviamente, analisar as normas jurídicas.

Todavia, o autor deixa claro que considerações morais acabam sendo incorporadas às normas jurídicas:

o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é direito porque não é justa. (KELSEN, 2001, p. 71)

Mais paradoxal ainda é o equivocado entendimento de que em Kelsen a interpretação jurídica é mero ato de procura da vontade da lei, como se isso fosse um exercício apenas de interpretação literal dos comandos normativos, um ato de cognição vinculado a limites estreitos de um dispositivo normativo.<sup>4</sup>

Na verdade, o jurista vienense estabeleceu dois tipos de interpretação: a autêntica e a não-autêntica: “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica [autêntica], e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica [não-autêntica]” (KELSEN, 2001, p. 388).

Tratando da interpretação autêntica, Kelsen investiga a relativa indeterminação do conteúdo dos comandos normativos, afirmando que os atos de aplicação do direito são em parte, determinados, e, em parte, indeterminados. A indeterminação, é importante frisar, pode inclusive ser intencional, estabelecida propositadamente pelo órgão aplicador do direito. (KELSEN, 2001, p. 389).

<sup>4</sup> Na verdade, é comum afirmar que para o positivismo jurídico qualquer solução judicial está latente na mera descrição das normas jurídicas, cabendo ao julgador revelá-la por meio da técnica da interpretação (ZAGREBELSY, 2003, p. 132). Interpretando Kelsen, como a seguir Hart, pretende-se afastar dessa visão reducionista quanto mais por admitir-se discricionariedade para alguns casos específicos.

Dessa constatação concluiu-se que não tem como haver uma única solução correta na aplicação de um comando normativo, o que levou à criação de uma construção doutrinária requintada, concebendo “o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 2001, p. 390).

Dentro da moldura, que é o direito, há um espaço que será preenchido pelo intérprete autêntico, independentemente do sentido que ele vai atribuir ao texto normativo, desde que se mantenha dentro dos limites da moldura. Sob essa perspectiva, não há como se conceber a existência de uma única solução correta quando da aplicação do direito. Assim,

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 (KELSEN, 2001, p. 391).

Por fim, rechaça a hermenêutica tradicional que pugna por critérios para se estabelecer que uma interpretação da norma seja preferível à outra, lembrando que a interpretação não é só ato de cognição, mas também ato de vontade.

Mais uma vez admite que o direito não é um objeto isolado na sociedade – é ordem social, afinal, embora sua *teoria pura*, metodologicamente, busque o estudo do direito de forma neutra, isolada:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir (KELSEN, 2001, p. 392).

Fica clara, portanto, a dupla natureza da interpretação como ato de vontade e de cognição.

### 3 A limitação da linguagem jurídica: aproximação à textura aberta

O projeto hartiano tem como escopo principal a teoria austiana,<sup>5</sup> não havendo muitas menções expressas aos escritos kelsenianos. É fato, porém, que em uma ou outra ideia os teóricos se distanciaram, como no que se refere à dicotomia entre norma fundamental e regra de reconhecimento, as quais não podem ser identificadas como tão-somente nomes diversos para uma mesma construção (SGARBI, 2006, p. 136). Mais que isso, a literatura registra debates travados entre os dois autores sobre temas como definição de delito e a relação entre Direito Positivo e Moral.<sup>6</sup>

Poder-se-á, então, perguntar: até que ponto Hart dialoga com Kelsen, quando cria sua ideia de textura aberta da linguagem (jurídica)? Questão que remonta à (in) determinação do direito e à exata função do juiz dentro de um ordenamento jurídico.

Para se passar a esse exercício comparativo entre a teoria pura do direito e a jurisprudência<sup>7</sup> analítica hartiana, é necessário estudar a textura aberta em suas referências mais explícitas, a saber, o recurso de Hart aos estudos de Wittgenstein sobre jogos de linguagem e de Waismann sobre a ideia mesma de textura aberta.

O caminho que leva Hart à textura aberta começa por uma afirmação simples empiricamente aferível: “em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as diretivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo.” (HART, 1996, p. 137)

Destarte, há uma necessidade clara de que se identifique o Direito, pois só assim se poderá forçar a conduta dos indivíduos da comunidade conforme as ordens ditadas por uma autoridade jurídica. Hart, tratando da tradição da *common law*, constata que os padrões gerais de conduta têm sido passados por dois expedientes: a legislação e o precedente.

Muito embora diversos – a legislação se firmar em um uso maior de palavras gerais –, os dois expedientes põem em tela a linguagem jurídica como elemento crucial do funcionamento do sistema jurídico.

Hart (1996, p. 138), porém, constata que, ao formular determinada lei,

<sup>5</sup> John Austin, jurista inglês, foi precursor do positivismo jurídico, tendo procurado esboçar a diferença entre direito positivo e regras morais. Para uma análise da obra do autor, veja SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito (John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L.A. Hart, Ronald Dworkin), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; SGARBI, Adrian. Teoria do Direito (Primeiras lições), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>6</sup> Ver HART, L.A. *Visita a Kelsen*. In **Lua Nova**, São Paulo, n. 64, jan./abril 2005.

<sup>7</sup> Jurisprudência, na tradição anglo-saxônica, confunde-se com a ciência do direito.

o legislador ou julgador está preso às concepções de certo local e tempo, o que inviabiliza prever casos futuros que não poderiam ter sido previstos logicamente. Mais que isso, há uma limitação intrínseca a qualquer tipo de linguagem.

O autor inglês traz como exemplo uma regra que proíbe o ingresso de veículos no parque. Parece claro que um automóvel ou um caminhão está proibido de ingressar no parque, situação que envolve pouca discussão, no entanto, saber se uma bicicleta ou moto pode nele adentrar é um caso difícil.

Esse problema, porém, não é solucionado com o mero recurso aos tradicionais cânones de interpretação, razão pela qual assevera Hart que eles “não podem eliminar essas incertezas, mas diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação.”(HART, 1996, p. 138)

É que o tradicional método de subsunção, pelo qual se opera a maioria das decisões jurídicas, cede nesses casos em que paira uma zona de penumbra sobre a linguagem. Vai Hart, então, beber da ideia de textura aberta, atribuída a Friedrich Waissmann.

Com essa ideia, Waissman, afirma que os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, surgindo assim espaços para dúvida sobre seu significado. Há, em verdade, uma incompletude essencial das descrições empíricas. (STRUCHNER, 2002, p. 120)

É importante frisar, como assevera Schauer (1991, p. 35), que a textura aberta difere da vagueza. É que esta pode ser proposital ou mesmo advir de um descuido na feitura do texto jurídico, enquanto a textura aberta representa “a possibilidade de que até o menos vago, o mais preciso termo, transforme-se em vago como consequência de nosso conhecimento imperfeito do mundo e de nossa habilidade limitada de prever o futuro”.

Nesse ponto, percebe ainda que Hart, indiretamente, e Waissmann, diretamente, dialogam com Wittgenstein. A textura aberta se aproxima dos “jogos de linguagem” wittgensteinianos, ideia que o filósofo analítico austríaco toma dentro de seu projeto de neutralizar os efeitos enfeitiçadores da linguagem no mundo.

Wittgenstein (1999, p. 30) propõe que a linguagem funcione em seus usos, não se devendo procurar sentidos apriorísticos para as palavras, mas as funções práticas que delas advém. Assim, não há linguagem, mas um conjunto de “jogos de linguagem”.

A linguagem não pode ser resumida a uma única estrutura lógico-formal, portanto, havendo portanto uma série de jogos de linguagem a

partir dos quais os sentidos das palavras são construídos na prática social.

Se a linguagem funciona em contextos determinados, não se pode entendê-la como um sistema de mera representação de objetos. Para haver acordo de opiniões, antes é necessário que haja acordo sobre a própria linguagem utilizada.

Para se resolver problemas de verdade ou falsidade, não se recorre à atribuição de uma fundação racional à linguagem, pois “verdadeiro ou falso é o que os homens dizem”. Isso, porém, não descarta a existência de um mínimo de consenso em torno do uso de várias palavras, o que, em verdade, permite a comunicação.

Assim, é que dentro dos jogos de linguagem jurídicos, muito embora as palavras utilizadas possam ser vagas, há significados muito precisos que permitem a comunicação entre emissor e receptor das normas jurídicas. No entanto, como nenhuma linguagem está preparada para todas as possibilidades, vez por outra surgem zonas de penumbra, casos fronteirios em que não será tão fácil descobrir se incide ou não a regra sobre determinado predicado factual.

Em suma, assim como toda linguagem é possível, porque há consenso sobre alguns significados, o Direito somente “é possível, porque toda regra tem um núcleo de certeza onde a maioria dos casos é encontrada e onde sabemos que ela deve ser aplicada ou não” (STRUCHNER, 2002, p. 121). Fora disso, há uma zona de penumbra, na qual o intérprete poderá usar de poder discricionário tornando a regra menos vaga.

Não procede, portanto, a crítica de Fuller à concepção de textura aberta hartiana alicerçada de acordo com Wittgenstein no sentido de que “nenhuma palavra tem sentido fora do contexto de um uso particular sobre uma ocasião particular” (SCHAUER, 2006, p. 868).

Hart aponta o poder discricionário do aplicador quando este interpretar as palavras da textura aberta, noticiando ainda que se recorrerá à analogia para solucionar os casos de difícil solução (RODRIGUEZ, 1997, p. 33).

Em situações de incerteza, então, pondera Hart (1996, p. 140) que:

O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que não possa ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de factores muito complexos que atravessam o sistema jurídico ou intenção que possam ser atribuídos à regra.

É bem verdade que esse poder discricionário pode ser exercido por outros poderes constituídos, como pelo Executivo que, a partir de um texto vazado em termos gerais, individualiza mais ainda o comando descrito genericamente. No entanto, tendo como objeto de análise o sistema da *common law*, a preocupação maior é com a função criadora dos tribunais.

Hart reconhece ainda que a textura aberta pode gerar um abalo na segurança jurídica, preocupação esta que escapa à proposta kelseniana da interpretação jurídica. Contudo, essa relativa indeterminação é vantajosa, à medida em que se compatibilizam as necessidades de certeza que devem ter as regras impingidas a uma comunidade, e que o Direito resolva questões para as quais, em princípio, não foram formuladas soluções antecipadamente em comandos jurídicos (SCTRUCHNER, 2002, p. 122).

Nesse sentido, Hart (1996, p. 141-142) afirma que

esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade. Quando nos atrevemos suficientemente a cunhar certa regra geral de conduta (por ex., uma regra de que nenhum veículo pode ser levado para um parque), a linguagem nesse contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação, e certamente podem apresentar-se ao nosso espírito exemplos claros do que cai certamente dentro do seu âmbito. São os casos paradigmáticos ou claros (o automóvel, o autocarro, o motociclo); e a nossa finalidade ao legislar é até determinada, porque fizemos uma certa escolha. Resolvemos desde o início a questão de que a paz e a tranquilidade no parque devem ser mantidas à custa, em qualquer caso, da exclusão destas coisas.

Com isso, demonstra-se que o atuar jurisdicional não apenas revela o texto jurídico, havendo, sim, espaço para a discricionariedade judicial que, longe de ser julgada como boa ou ruim, é empiricamente demonstrável, porque os julgadores são homens, não deuses (HART, 1996, p. 141), não podendo anteciparem todos os casos sobre os quais incide uma regra prescritiva.

Se tudo pudesse ser conhecido antecipadamente, haveria espaço para uma “jurisprudência” mecânica, mas a verdade é que a função criadora dos tribunais decorre das próprias limitações linguísticas – quando não de uma opção claramente deixada pelo legislador, conforme aponta Kelsen –, sendo irretocáveis as palavras de Hart; “na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis” (HART, 1996, p. 148-149).

Pelo exposto, deixa-se claro que não é demonstrável a tese de que o positivismo apenas revela o direito, seja pelas próprias limitações da linguagem, seja por uma opção deixada por outras autoridades.

#### **4 O ataque dworkiano ao positivismo e a existência de uma versão fraca de discricioniedade judicial**

Não se pode crer que o positivismo normativista seja a única resposta existente para a teoria da decisão judicial. Iniciou-se por essa teoria, tendo em vista que até a década de 1970 o positivismo jurídico teve predominância como metodologia de descrição e aplicação do direito.

Faz-se necessário, porém, esboçar a crítica feita ao positivismo jurídico. Há posturas teóricas dos mais variados matizes, identificadas como jusnaturalistas, pós-positivistas, etc. A partir de agora, quando se procurar identificar uma teoria conflitante com o positivismo se optará por denominá-la de não-positivista, uma categoria mais ampla capaz de absorver as variadas correntes de contestação ao positivismo, quando não um rótulo para classificar uma teoria jurídica difícil de ser enquadrada na dicotomia clássica entre jusnaturalismo e positivismo jurídico como é o caso da obra de Ronald Dworkin.

Interessa, primeiramente, saber os motivos de o positivismo jurídico ter entrado em crise na última metade do século XX. Três fatores preponderantes são identificados (SCHIAVELLO, 2008, p. 20-21). O primeiro adveio da mudança de um Estado de Direito para um Estado Constitucional de Direito, com a incorporação de valores morais no texto constitucional, reabrindo-se o debate acerca da separação entre direito e moral e a neutralidade da “ciência jurídica”. A segunda causa radica na acusação, por parte de alguns juristas, de ser o positivismo jurídico a ideologia que chancelou o nazi-fascismo. Como terceiro aspecto, e conectado às demais causas, tem-se o florescimento de propostas jusnaturalistas ou não-positivistas.

Antes de se tratar propriamente do consequencialismo, que de certa forma se insere entre as propostas alternativas ao positivismo normativista, não é fora de propósito estudar uma outra proposta teórica que, a um só tempo, propõe-se em ser melhor que a versão anterior positivista e também ataca um modelo pragmático de decisionismo judicial.

Trata-se da teoria do jurista nova-iorquino Ronald Dworkin para quem não haveria falar-se em discricioniedade judicial, já que há apenas uma resposta correta para qualquer problema jurídico.

Em verdade, o teórico propôs-se a empreender uma crítica geral ao positivismo, tomando a teoria jurídica de Hart como alvo particular de seu ataque, demonstrando que o espaço deixado aos juízes não é tão amplo como advogam os pragmáticos e os convencionalistas (sobretudo, os positivistas), para os quais a utilização de outros critérios, que não as regras, implicaria entrar em um âmbito de discricionariedade (VIEIRA, 1999, p. 198).

Dworkin afirma que não existem apenas regras jurídicas no ordenamento jurídico, mas que também existem princípios e políticas (*policies*), cujo funcionamento não seria explicado pelo positivismo.

Assim, haveria as políticas, que estabeleceriam metas a serem alcançadas para a melhoria política, econômica e social; e os princípios, que se traduziriam em mandamentos de justiça, imparcialidade ou em alguma outra dimensão moral. Não obstante, o jurista ora vai tratá-los como se formassem um gênero maior, que é o dos princípios; ora vai se preocupar com os princípios em sentido estrito que são entendidos como mandamentos de justiça.<sup>8</sup>

Feitas essas considerações, diferenciam-se regras jurídicas de princípios jurídicos, asseverando que as regras são aplicadas no método do tudo-ou-nada (*all or nothing fashion*), no sentido de que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida” (ÁVILA, 2004, p. 28). É impossível que duas regras jurídicas colidentes permaneçam no ordenamento jurídico, utilizando-se dos critérios hierárquico, temporal e da especialidade para aferir qual a regra jurídica válida.

Os princípios jurídicos, ao contrário, não estatua as condições que autorizam sua incidência, contendo, na verdade, fundamentos os quais devem ser compatibilizados com os fundamentos de outros princípios. Disso advém que, ao contrário das regras jurídicas, os princípios se revestem de uma dimensão de peso ou importância, de modo que a colisão entre princípios exige do julgador um exame de qual princípio tem importância maior no caso concreto (DWORKIN, 1977, p. 78)

Daí que não seja crível pensar que a ausência de regras específicas para

---

8 Calha trazer à colação a advertência de que a mera invocação de princípios morais pelo autor não implica enquadrá-lo como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Com efeito, “da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo ‘contemplativo’, mas, ao contrário, de um ‘processo constitutivo’” (CITTADINO, 2004, p. 187).

decidir um caso leve propriamente a uma solução fora do direito em uma situação em que o julgador atuasse mais propriamente como legislador. Mais que isso: cada solução só pode ter uma única resposta correta, devendo o juiz se fiar nos princípios supralegais que os ordenamentos trazem.

O direito nunca seria incompleto, no modelo dworkiano, no qual é afastada essa ideia de uma discricionariedade forte proposta pelos positivistas. Mas pensar em uma única resposta correta exige uma realidade contrafática, o que levou Dworkin a criar a figura do juiz Hércules.

Esse juiz teria tempo e conhecimento suficiente para conhecer todos os lineamentos fáticos e jurídicos de um caso, aplicando a norma jurídica ou o conjunto de normas jurídicas aptas a resolver um caso. O juiz imaginário dworkiano chega ao ponto de conseguir enxergar o direito em sua melhor luz (DWORKIN, 2003, p. 112), respeitando os precedentes, agindo como um escritor um romance em cadeia.<sup>9</sup>

Dessa feita, demonstra-se que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo assim, de modo que os princípios utilizados pelos juizes, na aplicação do direito, “não significa estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores” (VIEIRA, 1999, p. 198).

É estreme de dúvidas, portanto, que a tese de uma única resposta coloca em xeque a discricionariedade forte proposta pelos positivistas. Exige-se que as decisões sejam justificadas. Paradoxal, porém, é ver que um autor que se situa à margem do positivismo normativista, partindo de um modelo contrafático, é quem chancela a tese de que o juiz nunca criará o direito que é completo por natureza.

Por mais que qualquer modelo de teoria jurídica tenha uma conotação normativa, de buscar orientar a ação dos mais variados agentes de um sistema jurídico, fato é que a teoria do direito dworkiana, embora tenha para si o mérito de mostrar que direito é composto por regras e princípios, quando vai tratar da decisão propriamente dita, esboça um modelo contrafático, que não atende aos anseios do mundo real.

Há autores que chegam a afirmar que “Dworkin determina a existência objetiva de uma única resposta correta, mas não define os instrumentos para elaborá-la, nem para controlá-la. Na prática, isso reforçaria o ativismo do juiz. (FIGUEROA, 1998, p. 308)

<sup>9</sup> Tomando de empréstimo essa ideia, é possível explicar que os juizes, tais quais autores de um romance escrito a várias mãos, vão tecendo a história do Direito, em geral, e da constituição, em particular. É patente que está pensando na realidade do *common law* e que tenta compatibilizar a tensão entre justiça e segurança jurídica.

Chega-se a um modelo que se afasta da prática do direito, do “direito como ele é”, principalmente se transportado para a realidade brasileira. Uma tentativa de dar mais “realismo” às teorias da decisão judicial vai ser encontrada no pragmatismo jurídico, mais especificamente no consequencialismo, tema que será tratado a seguir.

## **5 Consequencialismo e pragmatismo jurídico: critérios para um modelo “realista” de decisão judicial**

A essa altura, resta cristalino que a decisão judicial, para parcela expressiva da doutrina e do senso comum, é submetida a uma ética deontológica, “no sentido de que o juiz decide os conflitos cumprindo deveres e reconhecendo direitos estabelecidos (ainda que de maneira difusa) no passado” (GODOI, 2009, p. 286).

A partir dessa premissa, tem-se ou a visão cética, de que em casos difíceis, o juiz deve atuar como se legislador fosse, escolhendo a norma a partir de uma moldura de opções, todas juridicamente válidas, ou uma visão contrafática, que coloca sobre os ombros de um juiz “de carne e osso” o ônus de encontrar a única resposta correta para esses casos extremos, como se tivesse todo o tempo disponível para bem decidir e que conhecesse todas as realidades fáticas e jurídicas do caso.

Embora se busque no realismo norte americano do início do século XX a origem remota do pragmatismo jurídico, toma-se como objeto de análise o movimento iniciado na década de 80, que teve Richard Posner como seu grande precursor.

Para esse jurista norte-americano, “o direito é uma atividade, mais do que um conceito ou um grupo de conceitos” (POSNER, 1990, p. 459). Dessa afirmativa simples chega-se à conclusão de que os juízes pragmatistas seriam verdadeiros criadores do direito, e não mero reprodutores. Na verdade, em vez de interpretarem propriamente o direito, eles simplesmente dosariam as consequências de decisões alternativas, podendo ser embasadas ou não em fontes jurídicas.

O pragmatismo, portanto, distancia-se das propostas kelseniana e dworkiana, admitindo o recurso de acesso a fontes não jurídicas e esclarecendo que consequência é um dos aspectos que deve nortear qualquer julgamento.

O contextualismo, o consequencialismo e o anti-fundacionalismo são as características fundamentais do pragmatismo jurídico. Nas precisas palavras de Thamy Pogrebinski (p. 1), tem-se que:

O contextualismo implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o anti-fundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento.

Dessas características percebe-se, pelo menos na doutrina brasileira, que a ênfase analítica recai sobre o consequencialismo, afirmando-se que os juízes pragmatistas operam com um método comparativo-consequencialista. Na verdade, eles “avaliam comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências”(POGREBINSCHI, sd, p. 2).

Os teóricos brasileiros têm realçado, porém, diferenciações entre pragmatismo e consequencialismo, sendo esse último uma resposta às teorias que não levam a sério as consequências na tomada de decisões. Consequencialismo, a partir de um dos maiores estudiosos brasileiros da matéria, é “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explica ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas” (SCHUARTZ, 1998, p. 130), consequências essas que podem ser sociais, econômicas e de outras naturezas.

Esse é o sentido amplo de consequencialismo. O sentido fraco, por outro lado, é aquele que dá aos argumentos consequencialistas um peso, no máximo, igual ao dos argumentos não-consequencialistas, que podem ser identificados como aqueles critérios hermenêuticos mais tradicionais, tais como a contenção dentro dos limites impostos pela literalidade do texto normativo, à fidelidade à intenção do legislador ou ao propósito da norma (GODOI, 2009, p. 297).

Em maior ou menor grau, tenta-se dar uma aparência de segurança à decisão judicial tomada. Mais uma vez, são os casos extremos que merecem análise maior. Em um caso claro, ainda que o juiz tome a decisão com os olhos voltados para uma consequência econômica ou social, não havendo dúvidas de que exista uma resposta anterior e expressamente prevista no ordenamento jurídico, a intenção subjacente ao que motivou à decisão não terá importância.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Sem entrar em debates mais profundos, tome-se aquela versão da teoria sobre decisão judicial.

Já quando se tratar de questões em que o conteúdo da legislação (constitucional ou não) e dos precedentes são obscuros ou permitem interpretações diferentes, na prática os juízes decidirão seguindo argumentos não institucionalizados, cedendo às pressões políticas e sociais ou julgando conforme convicções pessoais do que pensam ser mais justo, convincente ou eficiente para o caso concreto, consciente ou inconscientemente “fingindo” que se pautam em normas anteriormente fixadas (GODOI, 2009, p. 290).

Ficam realçados, então, dois pontos importantes: o primeiro é que o consequencialismo é uma vertente do pragmatismo jurídico, que traz a figura de um juiz preocupado em equilibrar a segurança que o direito visa conferir aos jurisdicionados e a flexibilidade necessária para que eles possam melhorar o direito por meio de suas decisões; o segundo a realçar é que o grande drama das decisões consequencialistas está em seu potencial conflito com os ideais de legalidade, previsibilidade e segurança que um Estado Democrático de Direito visa tutelar.

Assim, deve-se encontrar mecanismos de controle, para evitar que o pragmatismo estimule “os juízes a decidir e agir segundo seus próprios pontos de vista”(DWORKIN, 2003, p. 186).

Para que esse controle seja preciso e leve a decisões racionalmente aceitáveis, dois critérios são apontados: 1) os argumentos práticos ou consequencialistas podem ser reconduzidos ao ordenamento jurídico (ou seja, não serem, necessariamente, não-institucionais; 2) eles podem ter um peso que não deve ser *a priori* definido como subsidiário, já que podem ser decisivos mesmo em casos nos quais os argumentos de fundo linguístico, sistemático e histórico apontem para o mesmo resultado na interpretação das normas jurídicas (ARGUELHES, 2006, p. 13).

Como em um Estado Democrático de Direito, espera-se que uma decisão judicial somente seja considerada legítima, se dada com razões jurídicas,<sup>11</sup> sendo admitido como válidos os argumentos apontados como práticos. Por exemplo, um julgador que invoque apenas as consequências

---

ancorada talvez em um realismo exarcebado que diz que o juiz primeiro decide e depois fundamenta a decisão. Um exemplo simples ajuda a elucidar. É assente que os impostos residuais da União, para serem instituídos, carecem de serem criados por lei complementar (art. 154, I, CF). Suponha que um julgador mantenha a cobrança do tributo criado, com base apenas no argumento de que declarar a inconstitucionalidade levaria ao prejuízo da continuidade da prestação de serviços públicos com a diminuição das receitas públicas estatais. Sendo ou não esse argumento consequencialista levado em conta, fato é que o ordenamento jurídico já traz a solução para o caso, não importando a “real” motivação do julgador.

<sup>11</sup> No caso brasileiro, o art. 93, IX, CF traz o dever de motivar decisões judiciais.

danosas de uma interpretação para afastá-la ou a necessidade de se atender a planos de governo não está, obviamente, motivando juridicamente o que decide (ÁVILA, 2001, p. 18).

Sabe-se que questões morais, políticas e econômicas são incorporadas aos debates jurídicos, sem poderem, no entanto, ser traduzidas em argumentos institucionais (ARGUELHES, 2006, p. 17). Esses casos, porém, não serão tão corriqueiros assim, pois ao se dar normatividade aos princípios, é crível que muitas vezes se encontrará nos dispositivos com redações abertas,<sup>12</sup> que estão plasmados na constituição prolixa brasileira, o fundamento normativo para um argumento consequencialista, reconduzindo ao ordenamento jurídico.

Essa busca, porém, por dar normatividade a qualquer argumento pragmático, não dá conta do grave problema de fixar limites, para que não se tenha a substituição do papel do legislador pelo judiciário. Talvez seja o caso de investigar as dificuldades dos juízes e tribunais em lidar com essa linha de argumentação e fixar critérios de controle, para que consequencialismo não vire mero decisionismo.

## 6 A face oculta das teorias da decisão judicial: o decisionismo

Tornou-se usual criticar decisões judiciais, afirmando que, a pretexto de seguirem o direito vigente, criam normas não previstas pelo legislador. Rotulam-se essas decisões, em um esforço de linguagem, de serem “decisionistas”, tendo como razão o mero subjetivismo de quem julga.

<sup>12</sup> A existência de uma redação aberta para os dispositivos constitucionais não pode ser vista apenas como prejudicial, fiando-se em uma concepção de Teoria da Constituição, que enxergue num texto mais enxuto o ideal constitucional a ser procurado. Buscar que o Brasil tivesse uma constituição menos regulatória, sem direitos sociais expressamente previstos, é uma daquelas “ideias fora de lugar”, uma tentativa de implantar modelo “ideal” de constitucionalismo, elaborado com base na realidade de países desenvolvidos e com histórico democrático, para um país que mal tivera duas décadas seguidas de experiência democrática e com déficit de modernidade. Nesse sentido, os muitos direitos previstos na Constituição de 1988 se explicam no contexto histórico de então. O momento constituinte soube ser aproveitado pelos grupos progressistas, ao mesmo tempo em que não teve uma participação mais ativa dos setores conservadores, os quais pareciam não estar atentos às modificações paradigmáticas por que passava o direito constitucional, refletindo um tradicional despreço deles por questões de princípio e de doutrina, abrindo-se *oportunidade impar para um experimento de renovação e do protagonismo do Direito Constitucional* (LESSA, 2009, pp. 8-9). Daí a razão pela qual o chamado Centrão não ter apresentado emendas ou rejeitados propostas ao texto na parte em que se desenharam os princípios fundamentais que orientam a Constituição de 1988, salvo a tentativa de retirar do parágrafo único do artigo 1º a menção ao exercício direito do poder pelo povo (Idem, p. 9), e o porquê de se ter permitido a inserção de programas substanciais a serem perseguidos pela coletividade, como os estampados no artigo 3º (VIANNA, 2008, p. 8).

Para entender bem o decisionismo judicial, não é fora de propósito volver a atenção para os trabalhos seminais de Carl Schmitt, que esboçou o decisionismo como teoria jurídica. Para o autor germânico, a constituição seria a decisão política fundamental, válida apenas pela força do ato do poder constituinte, inserida na ordem jurídica, retratada como mero sistema de decisões. (MIRANDA, 2002, p. 342)

Schmitt deslocou-se da tradição moderna, que colocava ênfase na soberania popular como fundamento da ordem política, o que, traduzido em termos de teoria jurídica, indica a legislação como fonte, por excelência, do direito positivo.

Com a célebre frase de que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, (MAUS, 2010, p. 35) inverte-se a intenção original do conceito de soberania, não mais munindo com o símbolo da soberania a produção do direito positivo, mas sua revogação.

No âmbito da teoria da democracia constitucional, estabeleceu-se, portanto, verdadeiro embate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Um dos dissensos mais marcantes se refere ao fundamento da constituição, que tem a ver, obviamente, com perquirir de onde vem a assertividade da ordem jurídica.

Para Kelsen, mantendo-se fiel ao projeto metodológico de erigir uma teoria que se centre na norma jurídica, o fundamento da constituição não é algo do real, um dado ou elemento sociológico, político ou filosófico qualquer (TEXEIRA, 1991, p. 47). Vontade do povo, Direito Natural, bem comum, razão humana, entre outros, não seriam fontes originárias para a normatividade da Constituição.

A teoria schmittiana, ao contrário, assevera que apenas a decisão é que funda tanto a norma como o ordenamento. Nas palavras de Ronaldo Macedo (1997, p. 120), “a decisão nasce de um nada normativo e de uma desordem concreta”.

Essa versão original do decisionismo teve o mérito, porém, de chamar a atenção para as relações tensas entre direito e política, tema sob o qual se estrutura a questão dos limites da jurisdição constitucional. Daí que se identifique uma decisão que foge aos limites jurídicos e que seja entendida como “decisionista”.

Assim, sob o argumento de se buscar uma decisão justa ou constitucionalmente adequada ou eficiente, muitos juízes e tribunais não dão razões jurídicas suficientes, apenas apontam teorias e princípios que os teria norteados, sem apontar o escrutínio racional utilizado para chegar-se a uma determinada opção normativa.

Nesse ponto, leituras enviesadas do positivismo normativista, do direito como integridade e do pragmatismo jurídico podem ocultar, quando invocadas direta ou indiretamente, uma postura meramente decisionista. No caso do positivismo normativista, por exemplo, vislumbram-se dois usos retóricos da teoria para cancelar o decisionismo.

O primeiro, uma deturpação mais rasteira da teoria, é a ideia de que uma decisão boa é aquela que segue o direito legislado, sem maiores preocupações com direitos fundamentais e com princípios constitucionais. Não se ignora que a normatividade dos princípios não chegou a ser uma preocupação direta do positivismo normativista, mas se faz tabula rasa da versão fraca de jurisdição constitucional kelseniana, que admite um controle excepcional de conteúdo da legislação infraconstitucional, a partir de princípios e diretivas gerais (KELSEN, 2003, p.152).

O segundo uso indiscriminado é aquele que, tendo “o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”, invoca essa discricionariedade forte, em casos para os quais o direito positivo apresenta graus mais ou menos fortes de indeterminação, para legitimar uma decisão, sem fundamentar as leituras possíveis de um dispositivo normativo e, ainda, o porquê do julgamento ter se dado numa direção específica<sup>13</sup>.

O pragmatismo jurídico também pode gerar usos retóricos tal qual o positivismo normativista.<sup>14</sup> Na verdade, vislumbra-se o mesmo risco à racionalidade e à legitimidade decisórias.

Assim, o fato de não se invocar apenas fontes jurídicas para a tomada de decisão não implica a desnecessidade de que os julgadores exponham, às claras, as decisões que vislumbram possíveis e a razão de tomá-las. Enfatiza-se, uma vez mais, que o controle de qualquer ato estatal é premissa fundamental de qualquer Estado Constitucional de Direito.

---

<sup>13</sup> Aqui, talvez, queira se extrapolar um pouco o positivismo normativista de Hans Kelsen. No entanto, procurando-se uma visão geral da vasta obra de Kelsen, que inclui estudos sobre o problema da justiça e da democracia, toma-se emprestado a preocupação atual de fundamentação e racionalidade das decisões, como mecanismo de controle da atuação jurisdicional. O jurista vianense também repudiava a arbitrariedade, daí que se verifica um apelo mínimo à racionalidade e fundamentação das decisões judiciais.

<sup>14</sup> Interessante é a leitura que Posner, um dos expoentes do pragmatismo jurídico, faz da teoria kelseniana. Para ele, a pureza não indica que o conteúdo das normas e das decisões judiciais, inclusive sua correção moral e conveniência social, estejam ao largo do interesse do jurista. Demarca-se, portanto, a área (restrita) em que o fenômeno jurídico possa ser solucionado apenas pela lógica, sem descuidar, porém, que há outra área em que a atividade jurisdicional depende de considerações que fogem ao campo do direito, daí não fazendo parte da formação da grande maioria dos advogados e juízes (ARGUELHES, 2006, pp. 160-161).

Perquirir as razões de uma decisão consequencialista, no entanto, exige moderação. É que não se pode, com base em uma realidade posterior à tomada de decisão, afirmar que a consequência levada em conta era falsa, tendo em vista constatações e observações que não estavam disponíveis à época da prolação da decisão (SCHUARTZ, 1998, p. 136).

De qualquer forma, falta capacidade institucional para que o Judiciário se valha, sistemática e corriqueiramente de argumentos pragmáticos como possuem os órgãos executivos e legislativos. Ademais, como são órgãos ocupados por pessoas eleitas, há maior legitimidade democrática para que compreendam os juízos consequencialistas (GODOI, 2009, p. 292).

A apropriação do positivismo e do pragmatismo para encobrir o decisionismo judicial não se compara, em intensidade, com a que é feita das teorias que conferiram normatividade aos princípios e propuseram proporcionalidade e razoabilidade como critérios de solução para colisões entre os princípios.

A normatividade aos princípios não afasta, necessariamente, o ato de desconsiderar as regras jurídicas. Pelo caráter mais aberto que possuem, é natural que os princípios já sejam ponderados pelo legislador e redundem em regras jurídicas.

Assim, é necessário que haja um mínimo de deferência ao legislador. A doutrina constitucional cunhou a presunção de constitucionalidade das leis, o que, por si só, não tem garantido o respeito às regras jurídicas criadas e ponderadas pelo legislador.

Não raro, decisões judiciais, ao pretexto de aplicarem um princípio, não justificam minimamente as razões levadas em conta para afastar uma regra. Toma-se apenas como fundamento, implícito ou explícito, uma superioridade normativa de princípio em relação à regra.

O próprio Robert Alexy, em sua teoria, aponta uma prioridade das regras em relação aos princípios. Para ele, os princípios formais, como o da democracia representativa, emprestam um peso adicional para as decisões legislativas (BRANCO, 2009, p. 169).

Quando se pensa nas propostas teóricas de Ronald Dworkin, também há leituras incompletas ou deturpadas de seu modelo de direito como integridade. Tendo pensado uma teoria jurídica a partir da realidade do *common law*, foi recepcionada numa realidade institucional que pouco caso fazia da jurisprudência.

Dessa forma, há vezes em que se aplaude o direito como integridade como modelo que dá força jurídica aos princípios, mas se esquece da *dimensão de adequação*, que impede interpretações sem nexos com

a história e com o texto (DWORKIN, 2003, p. 277). O romance em cadeia e o direito feito em sua melhor luz implicam em juiz preocupado com precedentes e em fundamentar, quando se afasta da jurisprudência sedimentada.

Fato é que o precedente, na realidade jurídica brasileira, ganha cada vez mais força vinculante e persuasiva, graças à previsão institucional de súmula vinculante pelo STF, repercussão geral de recursos extraordinários, recursos especiais repetitivos, julgamento de demandas repetitivas, entre outros.

Há quem critique, todavia, a inexistência de força vinculante de súmulas do STJ com dois argumentos constitucionais principais: 1) o texto constitucional coloca o STJ como o responsável por dar a interpretação final em relação à legislação federal; 2) a possibilidade de juízos irem contra súmula do STJ não concretiza o novel inciso do artigo 5º que prevê a duração razoável do processo (MARINONI, p. 2 e 3).

É importante frisar, no entanto, que a mudança institucional ainda não foi acompanhada por um rigor analítico no julgamento de casos, para que se possa determinar claramente qual o princípio ou regra foi utilizado (*holding* ou *ratio decidendi*), diferenciado de considerações feitas pelos julgadores que não são necessárias para a decisão tomada (*obiter dicta*), isso sem falar na necessidade de expor a razão que levou à adoção de um dispositivo normativo (*rationale*). Há, ainda, a necessidade de um juízo racional para que se crie uma exceção à regra geral fixada por um precedente, tendo em vista uma nova circunstância fática (*distinguish*).<sup>15</sup>

A prática jurisdicional brasileira, no entanto, revela casos, em que pretensamente utilizando-se da proporcionalidade e da razoabilidade, juízes e tribunais afirmam simplesmente que determinada disposição normativa não se afigura proporcional ou razoável, não podendo ser, portanto, mantida no ordenamento jurídico.

Não se pode aceitar, portanto, que os princípios jurídicos dêem ensejo a um decisionismo judicial, ainda que travestido sob as vestes do politicamente correto. Nas palavras precisas de Daniel SARMENTO (2006, p.200),

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através

<sup>15</sup> Para uma análise de como se dá a adjudicação judicial baseada em precedentes, ver SILVA, Celso Albuquerque de. **Do efeito vinculante**: sua aplicação e aplicação. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, sob orientação de Nadia de Araujo, 2004.

deles, buscarem a justiça — ou o que entendem por justiça —, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser

De todo o exposto, esclarece-se que as teorias jurídicas indicam caminhos para se tomar uma decisão judicial adequada. Espera-se, em um Estado democrático, que se possa, pelo menos, conhecer os caminhos tomados em um julgamento para que em momento posterior seja possível criticá-lo.

Sem apontar, peremptoriamente, a escolha do STF por uma ou outra das teorias jurídicas, mas indicando a ainda latente falta de fundamentação racional das decisões, passar-se-á, a seguir, para um escrutínio da postura do tribunal em relação a essas três grandes teorias jurídicas.

### **7 A prática jurisdicional brasileira entre o positivismo normativista: a força dos princípios e o pragmatismo**

É notável a mudança de atuação pela qual o STF vem passando. Se antes era o tribunal criticado por uma atuação tímida na efetivação de direitos fundamentais e na sindicabilidade de atos legislativos e executivos, há quem já aponte a necessidade do reverso do pêndulo, preocupando-se em fixar *standards* para a atuação jurisdicional.

A busca por critérios de controle aponta que o STF não está infenso aos riscos do decisionismo, faltando ainda uma maior deliberação e delineamento racional nas decisões do tribunal. Assim, opta-se por uma análise de votos vencidos e vencedores, já que a preocupação maior não é propriamente com o resultado a que se chegou, mas com o caminho trilhado. Tenta-se identificar traços de cada uma das posições teóricas acima delineadas.

Talvez o ministro que mais se aproxime do positivismo normativista seja Eros Grau. Interessante, contudo, é que, embora seus julgados sejam fundamentados em densa doutrina, ele aponta que chega a resultados idênticos nesses casos, mas por outros caminhos.

Um primeiro exemplo é o voto proferido na ADPF 101. A ministra

Carmen Lúcia, relatora, dera procedência parcial ao pedido, declarando constitucionais os atos de órgãos federais que vedavam a importação de pneus usados. Fazendo uso expresso da ponderação, a relatora assim se pronunciou:

O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.<sup>16</sup>

É em relação à ponderação que Eros Grau se insurge. Embora o ministro não negue juridicidade aos princípios, ele esboça uma construção, para a qual ponderar princípios levaria, paradoxalmente, a tirar-lhes a normatividade e transformá-los em valores por meio de um juízo que se realizaria à margem do direito discricionariamente.

Uma premissa básica do ministro se assenta na ideia de que interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Essa é a versão de discricionariedade forte do positivismo normativista, colocando-a como a ausência de critérios jurídicos para decidir um caso difícil.

Na verdade, Eros Grau aponta dupla discricionariedade na ponderação: “[i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.”<sup>17</sup>

Ancorado na leitura que se faz, diferenciando texto de norma, afirma que na ponderação não se tem verdadeiro ato de interpretar, pois ao em vez de se procurar atribuir um significado aos princípios envolvidos, tem-se a formulação de um juízo de valor acerca de cada um deles.

Vale-se de Alexy, para quem a colisão de princípios se daria fora da dimensão de validade, e de Habermas, com sua lição de que os princípios deixam de ser normas jurídicas, transformando-se em valores, se ponderados.

Em lição contundente, assevera, portanto, que

<sup>16</sup> STF, ADPF 101, julgado em 24.06.2009, Min. Rel. Carmen Lúcia.

<sup>17</sup> STF, ADPF, 101, Voto-vista, Min. Eros Grau

a ponderação entre eles [os princípios] esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como *norma jurídica*. Curiosamente, os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas*...<sup>18</sup>

A seguir, enfatizando que a interpretação do direito é uma prudência, afasta-se a possibilidade de existir uma única decisão correta. Na verdade, Eros Grau pontua que a vinculação do intérprete ao texto é o mecanismo de se instaurar um horizonte de relativa certeza jurídica, que se esvai quando é permitido ponderar. Ponderação tira a racionalidade própria do direito moderno e leva a substituição de argumentos normativos por argumentos funcionalistas.

A ponderação retira a calculabilidade e previsibilidade dos comportamentos sociais, ficando os cidadãos à mercê do subjetivismo dos julgadores, que escolhem um princípio (um valor, segundo Eros Grau) conforme suas pré-compreensões e influenciado pela ideologia dominante.

Embora o ministro seja mais contundente que Kelsen, em afirmar a normatividade dos princípios, essa preocupação com a previsibilidade dos comportamentos sociais é o que realmente o aproxima do modelo do jurista vienense. Ora, previsibilidade social implica a aceitação daquele modelo clássico de que as regras jurídicas são compostas por uma hipótese de incidência clara e uma sanção predeterminada.

No julgamento de outra ADPF, a de número 144, em que se discutia a possibilidade de colocar a idoneidade moral como um requisito de elegibilidade não previsto constitucionalmente, o Ministro Eros Grau refinou ainda mais seu argumento. Para ele, não pode o Judiciário substituir a ética da legalidade por outra à margem do direito.<sup>19</sup>

Preocupado com o decisionismo, Grau aponta que não se pode sucumbir a anseios de justiça, que não existe em si, mas que se relaciona à segurança pleiteada pela sociedade em dado momento histórico. Com base em Habermas, é possível afirmar que a teoria do direito não é uma teoria da justiça, mas uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico.

Avançando em seu voto-vista, Eros Grau, uma vez mais, critica o uso da ponderação e, embora discuta a classificação de proporcionalidade

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> STF, ADPF 144, DJE 22.02.2010, Rel. Min. Celso de Mello, Voto-vista do Ministro Eros Grau.

e razoabilidade como princípios,<sup>20</sup> aponta o que identifica como sua “banalização”, mediante a qual se tenta corrigir o Legislativo.

Mais importante, porém, é a advertência que fez de sua perplexidade ao pensar como era possível aos juízes chegarem a normas de decisão antes da década de noventa, quando a distinção entre regras e princípios ainda não havia sido popularizada<sup>21</sup>.

Fixando que a ética da legalidade é “o derradeiro instrumento de defesa das classes subalternas diante das opressões”, o ministro se considera um positivista democrático, asseverando que não cede “aos populismos que tomam a opinião pública e o consenso das massas como fonte do direito”.

Outro aspecto que revela a influência positivista em seu voto é a sua preocupação em afastar “uma vontade de superação da cisão entre direito e moral”, trazendo para o conteúdo jurídico ou de uma norma particular a pretensão de correção. Para Grau, só existe conteúdo de justiça positivado.

As concepções de Eros Grau, porém, não parecem ser as mais aceitas entre os demais ministros do STF. Todos eles, em menor ou maior grau, admitem o controle de prognoses legislativa e executiva, utilizando-se da proporcionalidade e da razoabilidade.

Se aos princípios não é negado o caráter jurídico, nem de serem ponderados, fato é que o STF ainda não chegou a uma atuação, em que se discute ampla e racionalmente o mal-ferimento da proporcionalidade e da razoabilidade em um caso concreto.

Bruno Pereira (2009, p. 90-91), após estudar os oitenta e um acórdãos do STF que entre 2004 e 2006 fizeram referência à proporcionalidade chega a conclusões impactantes: 1) o ministro que mais utiliza a proporcionalidade em seus votos é Gilmar Mendes, o que pode ser explicado por uma preocupação doutrinária anterior a sua posse; 2) dos 22 votos de Gilmar Mendes referentes à proporcionalidade em apenas quatro houve coerência “forte” na fundamentação da decisão,<sup>22</sup> 3) os demais ministros pouco opinaram em relação aos votos.

Nos votos em que se assume uma clara ponderação entre princípios, é normal recorrer aos ensinamentos de Robert Alexy,<sup>23</sup> mas, adotando-se

<sup>20</sup> “O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características -- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito.” (Ibidem)

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Muitas vezes, Mendes apenas disse que certa norma não é proporcional (ADI 1351/DF – “cláusula de barreira”) ou que é proporcional (ADI 2868/PI – caso dos precatórios), conforme observação de PEREIRA (2009, p. 91).

<sup>23</sup> STF, SL 228-7/CE, DJE 20.10.2008, Rel. Min. Gilmar Mendes.

a teoria alexyana ou dworkiana ou de qualquer outro autor que enfatize a normatividade dos princípios, tornou-se indiscutível afirmar que os princípios são normas jurídicas.

O problema reside, na verdade, no uso da doutrina da força jurídica dos princípios que os eleva a um patamar acima das regras jurídicas,<sup>24</sup> desconhecendo deferência ao legislador e um conteúdo forte para a democracia.<sup>25</sup> Como derradeira questão de análise, chega-se ao pragmatismo, mais precisamente ao consequencialismo, forma peculiar de decisão judicial exposta por essa doutrina.

Um dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, que tem uma orientação claramente consequencialista, é a possibilidade de modulação de efeitos de declarações de inconstitucionalidade como forma de evitar danos à segurança jurídica ou visando atender a um interesse social.

Segurança jurídica e interesse social, porém, não podem ser rótulos apenas para legitimar uma decisão com efeitos para o futuro, atendendo a argumentos terroristas. Há casos extremos em que o STF modulou os efeitos sem especificar a razão de sua decisão<sup>26</sup>. Na linha do que já foi defendido, corre-se o risco de o consequencialismo dar ensejo ao decisionismo.

Existem situações outras em que argumentos práticos foram levados em conta. Resta saber se eram passíveis de recondução ao direito. Tome-se como exemplo o voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, na ADI 2227, em que foi declarada a constitucionalidade de lei estadual que permitia os contribuintes submetidos ao regime de substituição tributária direito à restituição.

o Supremo fixou, em decisão final, o entendimento de que o imposto recolhido a menor não vincula o Fisco à restituição. A opção por uma nova decisão sobre a mesma questão estrutural geraria repercussão péssima, especialmente para a formação de políticas tributárias dos Estados e da União.

---

<sup>24</sup> STF, MS 26.602, DJE 17.10.2008, Rel. Min. Eros Grau, Voto-vista do Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>25</sup> Na doutrina brasileira, uma crítica forte à ausência de deferência ao legislador e a um uso exacerbado dos princípios teve eco na *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila. O jurista gaúcho, inclusive, em escritos mais recentes tem realçado que “as mudanças fundamentais da teorização e da aplicação do Direito Constitucional preconizadas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não encontram suporte no ordenamento constitucional” (ÁVILA, 2009, p. 17). Daí que não advogue as ideias-chave do movimento: mais princípios que regras, mais subsunção que ponderação, mais justiça particular que justiça geral; mais Poder Judiciário que Poderes Executivo e Legislativo.

<sup>26</sup> Ver RE 560.626 e RE 559.882.

A insegurança jurídica (...) estaria a causar instabilidade nas linhas condutoras das políticas tributárias. Não haveria mais confiança para a adoção de certos institutos, mesmo que declarados constitucionais por esse Tribunal, na medida em que sempre haveria margem para a revisão da decisão. Esse fato colocaria o próprio Supremo em situação de fragilidade, gerando precedência evidente para que nenhum tribunal ou juiz se sinta constringido a reavaliar as teses já assentadas no Plenário.

Além disso, essa insegurança jurídica acaba por produzir uma incerteza jurisdicional com incontestáveis consequências no campo econômica e na avaliação do risco para a colaboração de políticas públicas. (...) A demonstração dessa hesitação na jurisprudência do Tribunal acerca do instituto que o Tribunal já declarou a sua constitucionalidade, portanto, uma desconfiança que acarretaria em conservadorismo na formulação das balizas do regime de formulação monetária e cambial.

É difícil reconduzir os argumentos utilizados ao direito. Se, por um lado, é defensável que a segurança jurídica e a vinculação a precedentes sejam aspectos do Estado Democrático de Direito, o raciocínio de Nelson Jobim levado às últimas consequências levaria a um estado de impossibilidade de revisões jurisprudenciais, o que enfraqueceria o próprio princípio democrático.

Robert Post e Reva Siegel (2009, p. 27) investigam como pode a constituição inspirar fidelidade e comprometimento com tanto dissenso quanto a seu conteúdo. Segundo os autores, fieis à tradição do constitucionalismo democrático, é justamente a possibilidade de que os cidadãos possam convencer os demais de que sua visão de constituição é a mais acertada que gera a adesão ao projeto constitucional. Reversões de interpretação constitucional são corriqueiras.

Veja-se o caso da mudança propagada pelo movimento feminista, cuja atuação levou à Suprema Corte americana a se afastar do entendimento pretérito de que diferenças de sexo eram naturais e de que o Estado poderia promovê-las, pugnando pela irrazoabilidade da diferenciação a partir de nova leitura da *Equal Protection Clause*. A perspectiva de Nelson Jobim, portanto, não rende a devida homenagem ao conteúdo substancial de um Estado Democrático de Direito, que exige deliberação e fundamentação de qualquer escolha feita, a fim de se permitir um controle posterior.

Exemplo mais emblemático do consequencialismo se deu no voto do ministro Ricardo Lewandowski no MS 26602-3.<sup>27</sup> Tratava-se de analisar pedido que buscava a posse de deputados suplentes do PPS no lugar daqueles parlamentares que, naquela legislatura, migraram para outras agremiações.

<sup>27</sup> STF, MS 26.602-3/DF, DJE 16.10.2008, Rel. Min. Eros Grau.

O fundamento jurídico do mandado de segurança radicava na ideia de que a constituição sempre preverá a infidelidade partidária como uma das causas da perda de mandato, invocando-se, portanto, uma aplicação retroativa da Resolução nº 22.526/2007, do Tribunal Superior Eleitoral.

O ministro, então, aponta que dar efeitos retroativos à resolução leva a um estado caótico, em que teria ocorrido o exercício ilegítimo do mandato por parte dos parlamentares que migraram de partido desde a promulgação da Constituição em 1998, resultando em nulos atos que praticaram, com a possível mácula de emendas constitucionais promulgadas, projetos de lei aprovados etc.

Com base em um juízo consequencialista, o Ministro, concedia a segurança, propondo que somente os parlamentares que trocaram de agremiação, após a resolução, poderiam perder o mandato.

O Ministro se valeu, porém, de argumentos institucionalizados, um de caráter subjetivo, outro, objetivo. Ora, da ótica do parlamentar, pontua-se que ele tinha uma confiança legítima de que poderia mudar de partido, já que não havia uma norma constitucional expressa vedando o câmbio. Do ponto de vista objetivo, a segurança jurídica e a própria democracia exigem que não se puna à sociedade com a nulidade de atos administrativos e políticos realizados pelos parlamentares até então.

Aqui, afastando-se de uma postura minimalista, ele enfrentou a própria questão da coerência em se dar efeitos prospectivos à resolução, antecipando-se o entendimento para um possível juízo de constitucionalidade da ADI sobre o ato normativo com efeitos prospectivos.<sup>28</sup>

## 8 Conclusão

Sem retomar tudo o que foi tratado nas linhas acima, pode-se concluir que se atingiu um grau de sofisticação notável na teoria jurídica quanto ao caráter criador ou descritivo das decisões judiciais.

Algumas das teorias mais em voga no debate contemporâneo – positivismo jurídico, direito como integridade e pragmatismo – enveredam-se por reconhecer o problema, variando em reconhecer a criação nos casos difíceis ou a impossibilidade de criação já que o direito seria completo.

A preocupação não fica encastelada em torres de marfim teóricas. Ela toca a prática jurisprudencial, chegando às discussões do STF sobre se deve

---

<sup>28</sup> A possibilidade de se propor ADI contra resoluções é chancelada pelo STF, sob o argumento de que os destinatários dos atos são determináveis e não determinados (STF, MC 4018-9/GO, DJE 15.05.2008, Rel. Min. Eros Grau).

ou não ponderar princípios, se regras realmente são menos importantes que princípios, se o tribunal pode receber dados fora do direito para orientar as decisões, etc.

Qualquer das teorias invocadas pode servir de lastro retórico para o mero decisionismo, essa face oculta do ato de julgar que o transforma num fim em si mesmo, em um mero ato político naquele sentido primordial de mudança da realidade.

Não é que se advoga que julgar não tem esse sentido político de mudar a realidade. Aponta-se, sim, que é um ato político regulado pelo direito, como são todos os atos dos outros órgãos políticos nos Estados Democráticos de Direito.

Como proposta inicial para um modelo que exponha *standars* e limites para a criação do direito pelos juízes que esteja conforme com o ordenamento jurídico brasileiro, procurou-se apontar desvios retóricos e usos enviesados que cada teoria pode ter e resultar em mero decisionismo, a partir de uma análise da própria atividade jurisdicional mais recente do STF.

Se a realidade atual é melhor do que a anterior, com um tribunal preocupado em dar efetividade aos princípios e decidindo questões difíceis, ainda está por ser escrita uma história jurisdicional mais coerente e coesa.

### **The FUNCTION of judges: do they make law or merely interpret it? The constitutional adjudication in light of judicial's decision theories and judicial activity of Federal Supreme Court**

**Abstract:** This paper aims to deal with the traditional Jurisprudence's issue of knowing if judges make law or only reveals it, which is a matter also relevant to Constitutional Law. This question is linked to judicial discretion, which is analysed in the light of three branches of legal thought: normative positivism, law as integrity by Ronald Dworkin and the legal pragmatism. By analyzing some cases, it is defended that the Federal Supreme Court has been adopting randomly and without a critical view the different theories about the limits of constitutional adjudication. Then, it is revealed a possible hidden motivation for such judicial decisions, which is the pure decisionism: the replace of previous and general rules, created by Parliaments and governments, for the mere judicial desire to make law, in an activist way that challenges the classic model of separation of powers'.

**Keywords:** Jurisprudence. Constitutional adjudication. Judicial discretion. Activism. Deciosionism.

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas; a justificação consequencialista das decisões judiciais**. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, sob orientação do Professor Antonio Cavalcanti Maia, 2006).

ÁVILA, Humberto. **Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico**. In: “Revista Diálogo Jurídico”, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 5, agosto de 2001, disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 28 de abril de 2008.

\_\_\_\_\_. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n° 17, jan/fev/mar. 2009, disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 10 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, STF, Pleno, ADPF 101, Min. Rel. Carmen Lúcia (ainda pendente de julgamento final).

\_\_\_\_\_, Pleno, ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 22.02.2010.

\_\_\_\_\_. Pleno, MC 4018-9/GO, Rel. Min. Eros Grau, DJE 15.05.2008.

\_\_\_\_\_, Pleno, MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, DJE 17.10.2008

\_\_\_\_\_, Pleno, SL 228-7/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 20.10.2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª edição: São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977.

FIGUEROA, Alfonso García. **Princípios y positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GODOI, Marciano Seabra de. O consequentialismo jurídico e as modulações dos efeitos das decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 13º volume, São Paulo: Dialética, 2009, p. 286-320).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, L.A. **Visita a Kelsen**. In: Lua Nova, São Paulo, n. 64, jan./abril 2005, p. 153-178.

HART, L.A. **O conceito de Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLATT, Matthias. **Taking rights less seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion**. In: "Ratio Juris", v. 20, n. 4, dez/2007.

LESSA, Renato. **A Constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio**. Rio de Janeiro: Edição do Autor – Online, 2009.

MAUS, Ingeborg. Separação dos poderes e função judiciária, Uma perspectiva teórico democrática. Trad. por Geraldo de Carvalho. In: BIGONA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova**: revista de cultura e política, n. 42, p. 119-144, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Disponível em [www.marinoni.adv.br](http://www.marinoni.adv.br), acesso em 10.05.2010.

MEDEIROS, Bernardo de Abreu. **Positivismo Jurídico Inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos**. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio, sob orientação do Prof. Adrian Sgarbi. Versão do autor, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o pragmatismo jurídico**. Sem data, disponível em <http://cedes.iuperj.br/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>.

POSNER, Richard. (1990). **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin – estudio preliminar**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

SCHIAVELLO, Aldo. **L'eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato**. In: “Diritto & Questioni Pubbliche”, número 08, 2008, p. 17-32.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Clarendon Press: Oxford, 1991.

\_\_\_\_\_. **(Re)taking Hart**. In “Harvard Law Review”, n. 119, 2006, p. 852-883.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. In: “Revista de Direito Administrativo”, n° 248, 1998, p. 130-158.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do Direito**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito** (Primeiras lições), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Celso Albuquerque de. **Do efeito vinculante: sua aplicação e aplicação**. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, sob orientação de Nadia de Araujo, 2004.

STRUCHNER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. In: Revista CEJ, Brasília, n. 17, abr./jun.2002, p. 120-124.

VIANNA, Luiz Werneck **O Terceiro Poder na Carta de 1998 e a Tradição Republicana: mudança e conservação**. Rio de Janeiro: Edição do autor – Online, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelhes. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forence, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Nova Cultural: São Paulo, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 5ª ed., Madrid: Editorial Trota, 2003.

☰ Recebido: setembro/2010 Aprovado: setembro/2011