
A relevância prática do positivismo jurídico¹

The practical relevance of legal positivism

Dimitri Dimoulis²

Resumo: O presente texto examina a relevância das teorias do direito para a sua aplicação. Identificando o positivismo jurídico como teoria que prevalece na prática forense no Brasil procura destacar suas teses, diferenciando-o de outras teorias do direito. Em seguida, procura-se indicar as consequências práticas da opção a favor do positivismo na aplicação do direito. Para tanto é analisado o posicionamento dos positivistas perante a expansão das competências do Poder Judiciário, indicando sua concepção sobre a discricionariedade judicial, assim como a visão positivista sobre a validade e a aplicação do direito, em contraposição com teorias moralistas e realistas.

-
- 1 A versão inicial do trabalho foi apresentada no Congresso internacional "Teorias contemporâneas do direito e desenhos institucionais" (PUC-Rio/UFRJ, Rio de Janeiro, maio de 2008), a convite dos Professores Adrian Sgarbi e Noel Struchiner, cujas obras estimularam a formulação das posições que seguem. Agradeço igualmente as críticas e sugestões da Professora Soraya Gasparotto Lunardi e do Professor Andityas Soares de Moura Costa Matos.
 - 2 Mestre em direito público pela Universidade Paris-I Sorbonne. Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). Professor visitante da Universidade Panteion e da Universidade Politécnica de Atenas. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Palavras-chave: Discrecionariedade judicial. Positivismo jurídico. Segurança jurídica.

Abstract: This paper analyzes the relevance of legal theories for the application of law. Identifying legal positivism as a theory that prevails in legal practice in Brazil the paper highlights the positivist thesis and differentiating positivism from other legal theories. Then, we analyze the practical consequences of the choice in favor of positivism. We describe the positivist understanding of the expansion of powers of the Judiciary, indicating the positivist view about judicial discretion and the positivist view on validity and application of law, as opposed to legal moralism and legal realism.

Key-words: Judicial discretion. Legal positivism. Legal security.

1. O positivismo intuitivo da prática e sua crítica

Desde o começo do século XX, o positivismo jurídico³ sofre críticas teóricas no Brasil.⁴ Mesmo assim foi considerado, até recentemente, pela maioria dos juristas e operadores do direito, como a teoria do direito mais clara, sólida, respeitosa da vontade do legislador e garantidora da segurança jurídica. Não conhecemos pesquisas empíricas sobre a efetiva

3 Para uma definição do positivismo jurídico em contraposição às teorias jusnaturalistas e jusmoralistas, cfr. Villa, 2004, pp. 45-100; Schiavello, 2004, pp. 9-22; Struchiner, 2005, pp. 23-54; Duarte, 2006, pp. 29-52; Dimoulis, 2006, pp. 65-131; Sgarbi, 2007, pp. 714-746. Não ignoramos as diferenças teóricas e ideológicas entre juspositivistas. Mas aqui nos referimos a um juspositivismo unitário, pensando nas teses básicas que constituem o denominador comum de seus adeptos.

4 Como mostra um *best-seller* antipositivista, a “Hermenêutica e aplicação do direito” de Carlos Maximiliano, que teve sua primeira edição em 1924 e defende o “desapego ao formalismo”. Cf. Maximiliano, 2007, p. XI.

difusão e aceitação do positivismo jurídico no Brasil entre os operadores do direito. Parece-nos, porém, plausível afirmar que, em sua maioria, os magistrados e advogados atuam como positivistas *de maneira intuitiva*. Optam por se manter, via de regra, fiéis ao significado dos textos normativos e não realizar flexibilizações e relativizações dos dispositivos vigentes em vista de princípios, de imperativos éticos ou de considerações consequencialistas sobre a utilidade de certa solução.

Afirmamos a preferência positivista dos aplicadores do direito por duas razões. Primeiro, por experiência própria, em razão da leitura de decisões judiciais e de nosso contato com a prática do direito e de seus operadores.⁵

Segundo, em razão de nossa experiência no ensino universitário e da constante consulta de manuais. Indagando qual teoria se ensina nas Faculdades de Direito do país, a primeira resposta é que não se oferecem indicações nos conteúdos programáticos e os professores não costumam informar os alunos sobre a teoria e os métodos de interpretação adotados. Por sua vez, os projetos pedagógicos das Faculdades de direito, além de serem documentos burocráticos e ignorados por alunos e professores, limitam-se a generalidades do tipo “formação humanista”. O mesmo silêncio caracteriza os manuais de disciplinas jurídicas. Mas, em sua grande maioria, os autores de manuais descrevem os regulamentos legais e as orientações da jurisprudência. Em paralelo apresentam como função do direito regular as relações sociais, entendendo como finalidade de atuação do Poder Judiciário a garantia da ordem jurídico-social, impondo o respeito à lei. Essa visão do direito corresponde, em linhas gerais, ao positivismo jurídico. Levando em consideração que os manuais

5 Uma suposição semelhante sobre o positivismo adotado pelos aplicadores do direito é formulada por Comanducci, 2008, pp. 339-343.

são utilizados como fonte primária para o aprendizado nas Faculdades de Direito, essa visão de positivismo intuitivo influencia decisivamente os estudantes.⁶

Em nossa opinião, a prevalência do positivismo decorre do *conteúdo* do ensino jurídico que transmite certa opção teórica e não com os métodos de ensino adotados. Esclarecemos isso porque o positivismo jurídico foi apresentado como corolário da aula expositiva que glorifica o “mestre” e impõe aos alunos um papel passivo e também como sinônimo da visão acrítica que transforma o ensino universitário em reprodução de doutrinas e jurisprudências.⁷ Na verdade, porém, os juspositivistas não possuem razão teórica para evitar as críticas ao direito formuladas *de lege ferenda*.⁸ E nada impede que o direito positivo seja ensinado de maneira dinâmica e garantindo o protagonismo criativo dos estudantes com a adoção do método socrático e de outros métodos participativos.⁹

Denominamos o positivismo que prevalece na prática e se transmite nas Faculdades de *intuitivo* (ou “amador”), pois não resulta de estudos específicos de obras de pensadores positivistas. Baseia-se em algumas máximas do tipo “lei é lei”, “o juiz não faz política”, “devemos ensinar/estudar/aplicar o Código”, “devemos garantir a segurança jurídica”, “devemos preservar a separação de poderes”. Trata-se também de um positivismo espontâneo, pois surge de experiências do cotidiano forense, em particular da experiência que direito não “é” o justo, nem o resultado dos melhores argumentos, mas, na grande maioria dos casos, aquilo que

6 Rodrigues, 1993; Tagliavini (org.), 2008.

7 Tagliavini (org.), 2008, em particular os textos de Márcio Mesquita e Angélica Carlini.

8 Dimoulis, 2006, pp. 201-205 e pp. 264-270.

9 Carvalho, 2009; Ghirardi, 2009.

resulta da clareza da lei ou de posicionamentos que os julgadores utilizam como base de decisão (jurisprudência de tribunais superiores, doutrinadores renomados).

Em contraposição a essa predominância do positivismo na prática, a doutrina jurídica brasileira optou, em sua maioria e desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, por criticar o positivismo jurídico de maneira insistente e com ímpeto retórico: “Viveu-se no direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral”.¹⁰ Ou ainda: “São precisamente os representantes do pensamento constitucional – em sua maior parte – que estabelecem uma espécie de fratura no seio dessa cultura jurídica positivista e privatista, buscando contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica”.¹¹

Termos como “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo”, “moralização”, “retorno aos valores” ou “constitucionalização” do direito, caracterizam esse novo senso comum, propagado em publicações e eventos acadêmicos. A conclusão prática é o reconhecimento do *protagonismo dos integrantes do Poder Judiciário como meio de realização da “justiça”*.

Em reação a essa tendência antipositivista surgiram nos últimos anos teóricos do direito que apresentam, discutem e defendem teses positivistas, acompanhando o intenso debate internacional em torno do positivismo e utilizando como principal referência as obras de Kelsen¹² ou de Hart e de seus sucessores.¹³

10 Schier, 2007, p. 253.

11 Cittadino, 2002, p. 27. Compilação de aforismos semelhantes em Dimoulis, 2006, pp. 45-46.

12 Matos, 2005.

13 Struchiner, 2005; Sgarbi, 2007; Michelon, 2006. Cf. muitos estudos em

Tendo como pano de fundo essa controvérsia, o presente estudo procura responder uma pergunta de simples formulação:

Qual é a relevância prática das divergências teóricas em torno do positivismo jurídico?

Dito de outra forma: O que está realmente em jogo nas constantes controvérsias sobre o positivismo, nas quais se investe tanta energia, erudição e paixão? De quais formas a aplicação do direito é influenciada pela teoria do direito que adota cada aplicador?

Partimos do pressuposto que as opções teóricas influenciam os operadores do direito. Essa é a tese da *imanência da teoria do direito na prática de sua aplicação*.¹⁴ A teoria do direito não interessa só a pessoas com curiosidade filosófica que dedicam seu tempo livre ao estudo das difíceis, controvertidas e quase irrespondíveis questões sobre o Ser ou a Essência do Direito. Não é possível compreender e aplicar normas jurídicas sem possuir uma base de teoria do direito, por mais rudimentar, instável ou questionável que esta seja. Da mesma maneira, não se pode identificar a norma aplicável, nem encontrar soluções para os conflitos entre normas ou para o preenchimento de lacunas sem ter um posicionamento teórico sobre as formas de interpretação do direito.

Do ponto de vista estático, as opções teóricas precedem a atuação prática. Evidentemente, o aplicador deve possuir subsídios teóricos antes de atuar. Mas do ponto de vista dinâmico há constante interação: os posicionamentos teóricos de cada operador mudam durante sua carreira, em razão de experiências profissionais e de leituras que incitam

Dimoulis/Duarte (orgs.) 2008. A nossa contribuição (Dimoulis, 2006) é predominantemente hartiana, mas recebe fortes influências da teoria pura do direito.

14 Dimoulis, 2006, pp. 41-43.

à reflexão teórica. A constante presença da teoria na prática de aplicação do direito e sua relevância para as decisões tomadas nos permitem nos referirmos à imanência da teoria na prática do direito.

Analisaremos em seguida manifestações concretas desse fenômeno de imanência, indicando pontos nos quais as polêmicas teóricas em torno do positivismo influenciam, de maneira decisiva, a prática de aplicação do direito.

2. Uma controvérsia exemplar: discricionariedade e limites de atuação do Judiciário

2.1. O protagonismo do Judiciário no Brasil pós-1988

Afirma-se que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário,¹⁵ segundo uma tendência que se manifesta em vários países,¹⁶ mas adquiriu particular intensidade no Brasil.¹⁷ O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais¹⁸. Isso criou o já referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente mediação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes.¹⁹

15 Barroso, 2009, p. 383; Sarmiento, 2009.

16 Silva, 2007; Vieira, 2008, pp. 442-444.

17 Vieira, 2008, pp. 444-459.

18 Sobre a aplicação dos princípios constitucionais na perspectiva positivista, cf. Dimoulis/Lunardi, 2008, pp. 179-199.

19 Cfr. Vieira, 2008, p. 442; Sarmiento, 2009, p. 32.

Essa *mudança no equilíbrio* entre poderes estatais²⁰ tornou a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima da atuação do “legislador positivo”.²¹ Dentro dessa mudança verificamos que o Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais,²² suprimindo também omissões do Legislativo. Essa situação recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional,²³ sendo minoritárias as críticas.²⁴

Pergunta-se: Quais são as justificativas que permitem ao Poder Judiciário atuar de maneira que contrarie decisões de outros atores, alegando que certas decisões destoam do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais? O que autoriza o Poder Judiciário, guardião da legalidade, a tomar decisões que contrariem as políticas públicas, incluindo o orçamento estatal, o exercício do poder discricionário do Executivo e a liberdade econômica-contratual dos particulares?

20 Vieira, 2008, p. 445.

21 Sobre a atuação dos tribunais como legisladores positivos, cf. as análises e as indicações bibliográficas em Sweet, 2000, pp. 61-91 e pp. 136-138; Tavares, 2005, pp. 321-341.

22 Para um claro exemplo de decisão do STF *contra constitutionem*, cf. Dimoulis/Lunardi, 2008-a, pp. 224-225. Trata-se do reconhecimento de efeitos *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso que contraria o estabelecido no art. 52, X da Constituição Federal.

23 Apesar das ressalvas, prepondera a tendência de aceitação: Rothenburg, 2005, 2007, 2008; Tavares, 2007, pp. 17-19. Cf. o posicionamento mais restritivo de Sarmento, 2007 e 2009, pp. 33-46. Semelhante a visão de Barroso, 2008, pp. 237-249 e 2009, pp. 392-394. No último texto o autor procura limitar o alcance das competências do Judiciário enunciando dois critérios interpretativos: “preferência pela lei” e “regras têm preferência sobre princípios” (pp. 392-393). Em nossa opinião, o primeiro critério carece de utilidade, pois não indica em quais casos a lei tem preferência. Já o segundo é inadequado, pois ainda que se admita a distinção teórica entre regras e princípios não há motivo para preferir as regras – a não ser que haja razão interpretativa para tanto em determinado caso, por exemplo, a aplicação do critério da *lex specialis*.

24 Bercovici, 2007, pp. 172-175; Mendes, 2008, pp. 158-196; Lima, 2003; Ramos, 2010.

2.2. Delimitação relacional das competências judiciais

O debate em torno dessas questões segue muitas vezes o caminho da personalização. Há autores louvando os integrantes do Poder Judiciário por serem imparciais, dotados de conhecimentos específicos e capazes de decidir com prudência e moderação. O problema é que tais afirmações não são baseadas em pesquisas empíricas de cunho psicológico ou sociológico, nem em análises politológicas que comparem a atuação dos três poderes.²⁵ Permanecem retóricas, limitando-se a frases do tipo: o juiz não é “escravo da lei”²⁶ ou possui “responsabilidade social”,²⁷ como se tais obviedades pudessem justificar determinadas formas de atuação do Judiciário. Em paralelo, o fato de o juiz simplesmente aplicar a lei é tido como uma combinação de atraso teórico (“formalismo”) com o conservadorismo e a insensibilidade política (falta de preocupação com a “justiça”).

De maneira oposta, os críticos do protagonismo do Judiciário indicam o risco de violação do princípio e dos procedimentos democráticos, caso os julgadores venham a substituir autoridades legitimadas pelo voto popular, como o legislador. Essa abordagem alerta para o risco de despolitizar o direito do Estado²⁸, transformando o regime democrático-representativo em “Governo de juízes”²⁹ ou “Juristocracia”.³⁰

25 Hirschl, 2004, pp. 4-5.

26 Gonçalves, 2006, p. 110.

27 Russo Jr., 2006, p. 146.

28 Lima, 2003; Bercovici, 2007.

29 Análise retrospectiva em Davis, 1987.

30 Hirschl, 2004. Para uma recente análise da supremacia institucional do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais tribunais e poderes da República sob o rótulo de “supremocracia”, cf. Vieira, 2007 e 2008.

Essas ponderações não levam em consideração o fato que a despolitização, no sentido da falta de preocupação com os valores políticos da Constituição, não se iniciou com o ativismo judicial, e sim com as omissões dos demais poderes que ostentam sua legitimidade política e representatividade sem se preocupar com os resultados concretos de sua atuação.³¹ Quando os poderes “políticos” (Legislativo e Executivo) perdem sua legitimidade popular e mostram-se inertes perante os problemas sociais e a necessidade de implementar os mandamentos constitucionais, o Judiciário não atua como usurpador. Simplesmente tenta preencher vazios normativos e oferecer respostas à população.

Em nossa opinião, o problema dos limites de atuação do Judiciário não pode receber uma resposta juridicamente satisfatória enquanto os analistas se preocupam com elementos políticos ou psicológicos, criando uma espécie de competição entre os poderes para saber quem é o melhor, o mais “honesto” ou o mais eficiente. A resposta deve surgir de uma análise dogmaticamente fundada de questões de competência. A regra é que o juiz (como toda e qualquer autoridade do Estado) pode e deve³² decidir no limite de suas competências.

Exemplificando: O Judiciário pode e deve verificar a legalidade de um contrato entre particulares, em razão da amplíssima garantia de acesso à Justiça no art. 5º, XXXV da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). O problema é indicar o que o julgador pode e deve fazer em cada caso concreto. Pode reformular um contrato de direito privado

31 Rothenburg, 2008, p. 162.

32 Sobre o duplo caráter das normas de competência, cf. Dimoulis, 2007, pp. 87-88.

em razão de suas preferências subjetivas, mediante as denominadas sentenças determinativas?³³

Para que tal delimitação ocorra de maneira satisfatória se faz necessário definir as competências dos órgãos estatais de maneira *relacional*. Na ótica deste artigo trata-se de determinar o espaço de atuação do juiz em relação àquele dos demais poderes e dos particulares que exercem seus direitos fundamentais. Devem também ser estabelecidas presunções de competência para casos duvidosos, definindo o *ônus argumentativo*³⁴ de cada autoridade em caso de conflito, isto é, determinando a quem cabe fundamentar exaustivamente sua discordância e quem pode decidir “na dúvida”.

Na perspectiva positivista, é crucial a delimitação das competências de cada poder, levando também em consideração a hierarquia das fontes do direito. A partir do momento em que a Constituição ou a lei distribui as competências em determinado setor de atividade estatal não se justificam críticas de usurpação de competência, caso um Poder decida nesse setor no âmbito de sua competência. Sendo comprovada a competência do Judiciário para decidir, *v.g.*, no setor dos direitos sociais de habitação não cabe crítica com a invocação genérica de que a habitação é de responsabilidade do Executivo.

Um exemplo real foi dado pelas críticas formuladas em relação à súmula vinculante.³⁵ Na verdade, porém, por mais que a edição de súmula vinculante é atividade que se assemelhe materialmente à legislação, a previsão constitu-

33 Afirmação de um poder praticamente ilimitado do juiz nesse âmbito em Gonçalves, 2006, pp. 93-102; cf. a análise conceitualmente rigorosa e a crítica parcial das sentenças determinativas em Lunardi, 2006, pp. 152-164.

34 Sobre o conceito, cf. Dimoulis/Martins, 2007, pp. 216-218; Silva, 2011, apesar da crença no potencial de objetividade dos métodos de ponderação.

35 Apresentação das críticas em Tavares, 2007a, pp. 107-109; Leite, 2007, pp. 93-119.

cional da edição de súmula vinculante torna-a competência legítima do Judiciário. Nesse caso, o Poder Judiciário cumpre sua tarefa desde que atue nos limites de sua competência.

Em todos os casos o julgador possui o ônus de *fundamentar sua decisão* mediante argumentação *específica e exaustiva*, não sendo suficientes as remissões genéricas a argumentos morais, de cunho subjetivo. O mesmo vale para argumentos que têm como único fundamento princípios de direito que, por serem excessivamente genéricos, abrangem uma ampla gama de possibilidades decisórias e necessariamente colidem com outros princípios, de forma que raramente oferecem uma base suficientemente sólida para a decisão.³⁶

Em certos casos, o Legislativo mostra-se claramente omissivo quando, por exemplo, deixa de regulamentar o direito de greve dos funcionários públicos, apesar do imperativo constitucional (art. 37, VII da Constituição Federal). Em tais situações, a intervenção ativa do Judiciário é necessária, sendo constitucionalmente previstos o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão para solucionar tais casos.³⁷

Mas as opções do legislador, mesmo se não forem politicamente oportunas, não podem ser consideradas inconstitucionais quando faltam parâmetros objetivos para comprovar sua incompatibilidade com a Constituição. Como o Judiciário pode afirmar de maneira fundamentada a partir de que nível de investimento as políticas de saúde pública tornam-se omissas? Tais critérios não existem. Quando o Judiciário tenta intervir apesar da falta de critérios claros e fixos, toma decisões contraditórias, tratando casos semelhan-

36 Cf. a inovadora análise em Sundfeld, 2011, que introduz os conceitos de “ônus da competência” e “ônus do regulador”.

37 Cf. os Mandados de injunção n. 670, 708 e 712, julgados em 2007 pelo Supremo Tribunal Federal. Análise jurisprudencial em Lima, 2009.

tes de maneira diferente, como mostrou recente análise da jurisprudência do STF sobre o direito à saúde.³⁸

Se o Judiciário censurar ou mesmo substituir o Legislativo e o Executivo em situações de incerteza, ultrapassa suas competências. A Constituição não autoriza o Judiciário a decidir se as opções dos demais poderes são boas ou ruins ou se haveria melhores. A única questão que cabe aos julgadores responder é se certa decisão é inconstitucional ou ilegal. Se o julgador não puder fundamentar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, deve aceitar a solução dada pelo poder que possui a competência primária em cada caso³⁹: “*In dubio pro legislatore*”.⁴⁰

Nos últimos anos aumenta no Brasil o número de sentenças que atendem pedidos de cidadãos, de organizações da sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo. Frequentemente, os juizes obrigam o Executivo a construir escolas, a fornecer remédios não autorizados pelas autoridades competentes, a internar pacientes, a matricular alunos apesar da falta de vagas ou a conceder benefícios previdenciários não previstos em lei.

Tais iniciativas são analisadas pela doutrina sob o rótulo de *judicialização* das políticas públicas.⁴¹ Expressam a conscientização de muitos integrantes do Judiciário acerca das gritantes desigualdades do País. Mas, por mais que seja politicamente louvável, essa atuação é constitucionalmente problemática. Quando a Constituição não determina o nú-

38 Wang, 2009.

39 Cf. Dimoulis/Martins, 2007, pp. 224-232.

40 Amado, 2007, p. 242, no âmbito de uma excelente apresentação da perspectiva juspositivista sobre o papel do Judiciário.

41 Bucci, 2002; Cittadino, 2002; Galdino, 2005; Barcellos, 2007; Verbicaro, 2008.

mero de vagas ou os remédios necessários e atribui tal competência aos legisladores, o Judiciário não tem competência para tanto e compromete o equilíbrio institucional desejado pelos Constituintes, usurpando sim, nesses casos, o poder do legislador.

As referidas exigências argumentativo-interpretativas limitam *in concreto* a margem de atuação do Judiciário. Atribuem ao julgador o dever de explicar *porque* outros agentes infringiram normas constitucionais (ou normas infraconstitucionais de nível superior) e porque o litígio deve ser decidido de determinada maneira.

Se a comprovação da violação da lei ou da Constituição não for possível, o juiz que decide ser “ativista” e declara a ilegalidade ou a inconstitucionalidade, excede sua competência e ofende o princípio democrático que designa o legislador como representante do povo e, portanto, como primeiro concretizador da Constituição.

Do ponto de vista da técnica decisória, as decisões do Poder Judiciário devem ser examinadas e avaliadas em sua consistência e imparcialidade. Encontramos aqui a problemática de elaboração de critérios que nos permitem avaliar o “desempenho argumentativo” do Judiciário.⁴² Sugerimos a utilização dos seguintes *cinco* critérios:⁴³

a) *Competência*. O Poder Judiciário possui a competência para realizar certa forma de controle ou intervenção? Para responder é necessário examinar tanto as normas que estabelecem a competência formal para certa decisão como os elementos normativos que indicam sob quais condições

42 Mendes, 2011, pp. 347-361.

43 Mendes, 2011, pp. 348-355 formula uma proposta de análise do desempenho argumentativo em parte coincidente com a nossa. Ao contrário da nossa, sua abordagem é mais preocupada com a avaliação do procedimento do que com a análise substancial dos resultados argumentativos.

o Judiciário pode contrariar atos e omissões dos demais poderes.

b) *Utilização das fontes.* A decisão cita a doutrina e a jurisprudência de maneira completa e ponderada ou limita-se a invocar elementos que corroboram sua tese, silenciando posicionamentos contrários?

c) *Interpretação sistemática.* A decisão interpreta o direito em vigor de maneira sistemática ou limita-se a indicar normas que favorecem certo posicionamento, ignorando outras?

d) *Qualidade da subsunção.* A consequência jurídica foi deduzida com rigor lógico de certa premissa ou trata-se de falsa subsunção? Como dissemos, o segundo ocorre frequentemente quando se deduz uma consequência concreta de uma norma principiológica ou de uma ponderação que permite alegar a prevalência de certo princípio de maneira não fundamentada. Sabe-se que da premissa que os homens são mortais não podemos deduzir a data de falecimento de cada um. Da mesma maneira, a premissa que a Constituição garante o direito à saúde não permite deduzir com rigor subsuntivo que certo paciente tem direito a certo tratamento.

e) *Qualidade das provas.* As afirmações da decisão que invocam fatos ou tendências foram comprovadas de maneira satisfatória ou permanecem retóricas? Quando uma decisão afirma, por exemplo, que a legislação sobre entorpecentes protege a saúde pública e isso justifica a punição de produtores e vendedores de tais drogas, os julgadores devem apresentar comprovação empírica do nexo adequado e necessário entre a punição criminal e a tutela da saúde pública e não privar um cidadão de sua liberdade com base em suposições sem fundamento empírico.

2.3. Diferenças entre juspositivismo e jusmoralismo em relação à discricionariedade do julgador

Em sua grande maioria, os juspositivistas reconhecem a *ampla margem de liberdade concretizadora de cada aplicador do direito sem negar a relativa determinação das normas que garante certo grau de objetividade-vinculatividade*.⁴⁴ Nisso convergem quatro tipos de argumentos:

a) *Argumento linguístico*. Os positivistas admitem a vagueza estrutural da linguagem que, normalmente, não permite deduzir de certo enunciado normativo uma solução-decisão concreta.⁴⁵ Isso se manifesta mesmo nos casos de normas com indicações numéricas. Basta ter interesse pessoal e vontade de litigância para questionar com plausibilidade até o significado de dispositivos que são considerados absolutamente concretos e claros. Assim, por exemplo, há possibilidade de alegar a relativa indeterminação do dispositivo constitucional que estabelece os 35 anos como limite de idade mínimo do candidato para o ofício de Presidente da República, alegando o início da vida já no momento da concepção, a maturidade psicológica etc.⁴⁶

b) *Argumento de teoria das normas*. A baixa densidade normativa⁴⁷ de muitos dispositivos vigentes, que são comumente designados como princípios ou normas programáticas,⁴⁸

44 Fundamentação da tese e indicações bibliográficas em Dimoulis, 2006, pp. 209-231; Tavares/Osmo, 2008; Amado, 2007, p. 239; Streck, 2008-a. Análise exaustiva em Struchiner, 2011. Na bibliografia nacional ainda se perpetua o mito de que os juspositivistas negam a discricionariedade e o papel criativo do juiz. Exemplo: Verbicaro, 2008, pp. 396-397.

45 Struchiner, 2002.

46 Análise em Dimoulis, 2006, pp. 249-250.

47 Cf. Dimoulis, 2006, pp. 245-252.

48 Sobre sua estrutura do ponto de vista da teoria das normas, cf. Sgarbi, 2007, pp. 226-245; Dimoulis, 2007, pp. 83-86.

impede a aplicação precisa. Diante da abertura normativa, o aplicador adquire ampla liberdade de concretização dentro dos limites traçados pelo legislador.

c) *Argumento de validade do direito*. A teoria positivista não reconhece a vinculatividade jurídica de princípios morais ou de outra natureza. Não sendo vinculado por tais princípios, o aplicador de enunciados normativos jurídicos vagos ou de baixa densidade possui liberdade de decisão.

d) *Argumento de teoria da interpretação*. O positivismo jurídico não acredita na possibilidade de hierarquizar os métodos de interpretação do direito, escolhendo o melhor ou, pelo menos, o mais indicado em cada caso. Disso decorre a possibilidade de permanentes conflitos entre os métodos. Nessas hipóteses cria-se uma situação de relativa indecisão que não se resolve hierarquizando os métodos, mas de maneira *decisionista*.

Aqui cabe um esclarecimento. A maioria dos teóricos atuais considera o decisionismo como opção equivocada de quem não deseja realizar penosas pesquisas sobre o correto e o adequado no direito e elimina o problema dizendo que “alguém decide” e “isso vale porque vale”. Na verdade, porém, o decisionismo é a principal forma de decisão jurídica constitucionalmente admitida. Os casos de decisão juridicamente vinculante porque alguém quis são inúmeros, desde a compra de um chocolate pela criança na cantina da escola até a aprovação de um projeto de lei pelo Congresso Nacional. Os teóricos não deveriam fustigar o decisionismo, mas indicar, de maneira fundamentada, quem, quando e dentro de quais limites pode-se ser decisionista.⁴⁹

49 Observe-se também que a cruzada contra o decisionismo atribui essa opção teórica a um notório adepto do nazismo, Carl Schmitt. Na verdade, Schmitt foi um ferrenho crítico do decisionismo, como mostra a leitura de seu texto sobre as formas do pensamento jurídico (Schmitt, 1934).

A opção decisionista deve ser realizada levando em consideração as referidas presunções de competência em dois sentidos:

Primeiro. Havendo dúvida interpretativa do aplicador do direito sobre a constitucionalidade ou a legalidade de certo dispositivo vigente, o dispositivo deve ser aceito. Prevalece, na dúvida, a vontade da autoridade competente para a sua criação (presunção de constitucionalidade/legalidade dos atos normativos).

Segundo. Surgindo dúvida interpretativa sobre a solução que deve ser adotada no âmbito de concretização do direito (preenchimento de lacunas, aplicação em caso concreto etc.), cabe ao aplicador decidir livremente, fundamentando a decisão em sua vontade, que pode incluir considerações de cunho subjetivo vinculadas a raciocínios morais ou políticos livremente escolhidos.

Nesse aspecto, o positivismo jurídico diferencia-se das abordagens moralistas que *sobrevalorizam* os métodos de interpretação. Essa sobrevalorização ocorre de duas maneiras.

Primeiro, ampliando os poderes decisórios do aplicador para controlar normas superiores. No recente debate brasileiro, a orientação moralista admite uma versão maximalista do princípio da proporcionalidade, permitindo que o julgador avalie comparativamente direitos e princípios em conflito e decida qual possui o maior peso e, portanto, deve prevalecer no caso concreto.⁵⁰

Segundo, restringindo a liberdade de decisão do julgador quando falta clareza-concretude normativa. Alega-se que, mesmo em tais casos, os métodos de interpretação, corretamente manuseados, mostram sempre a melhor solução, devendo ser aplicado, de preferência, o método de

50 Crítica da leitura maximalista do princípio da proporcionalidade em Dimoulis/Martins, 2007, pp. 224-232.

interpretação teleológica, analisando a função social de cada instituto, assim como empregando critérios substanciais relacionados à justiça/equidade da decisão.⁵¹

A abordagem que defende a aplicação dos princípios constitucionais pelo julgador para encontrar – com ou sem ponderação – a solução correta é conhecida como neoconstitucionalista ou, especificamente no debate brasileiro, como pós-positivista.⁵² Tais termos indicam uma nova forma de “viver” o direito e resumem-se à opção que definimos e criticamos como *moralista*.⁵³ Encontramos manifestações de adesão a essa perspectiva interpretativa em decisões do Supremo Tribunal Federal que a utilizam para fundamentar a ampliação de seus poderes criativo-decisórios.

Um exemplo oferece o voto do Min. Ayres Britto na ADIN 3.510, julgada em 2008: “É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso ordenamento com os imperativos da ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto... como de fato julgo totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade”.⁵⁴

A filosofia moral e política identificaram, há décadas, a *dupla falácia* na qual se baseia esse argumento. Primeiro, a falácia da fonte. Antes de afirmar que o direito incorporou imperativos de justiça, humanismo etc. deve ser indicada a norma que os incorpora no ordenamento. Mas a partir desse momento aquilo que vincula o aplicador não é a “justiça”

51 Zagrebelsky, 1992, pp. 203-213; Viola/Zaccaria, 2001, pp. 209-237 e pp. 422-463.

52 Defesas da perspectiva neoconstitucionalista e pós-positivista em Barroso, 2007; Moreira, 2008; Maia, 2009, pp. 141-162. Uma posição moderada é adotada por Sarmiento, 2007, pp. 142-148 e Sarmiento, 2009.

53 Dimoulis, 2006 e 2008. Cf. as críticas em Ávila, 2009.

54 STF, Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510, relator Min. Ayres Britto, julgamento em 29.5.2008, DJe-096, publicado em 28-5-2010.

e sim uma norma de direito positivo. Segundo, a falácia do absolutismo. Termos como “justiça material” possuem sentidos diferentes na opinião de cada pessoa, grupo social e cultura. Em razão disso, a invocação da justiça ou de outro ideal semelhante permanece palavra vazia enquanto não se indica qual justiça se prioriza, por qual razão isso foi feito e o que nos permite, em uma sociedade que por ordem constitucional é pluralista, considerar a “nossa” visão de justiça material melhor do que aquela de outras pessoas.

Os partidários da “única resposta certa” admitem a obrigatoriedade jurídica de elementos decorrentes da moral, considerando que devem guiar o aplicador e indicar, entre as alternativas, a solução moralmente mais satisfatório-superior que, portanto, oferece a resposta mais adequada/correta/justa para o caso concreto.⁵⁵

Tal posicionamento é considerado pelos positivistas como uma crença mística nas virtudes e capacidades hercúleas do aplicador, assim como na suposta possibilidade de a “natureza” do caso concreto mostrar ao aplicador o caminho para a mais satisfatória solução.⁵⁶ Encontramos aquilo que foi criticado como “judicialismo metafisicamente vinculado”, segundo o qual o juiz “realiza o milagre alquímico que faz parecer como concreto um direito que é formulado de maneira vaga e aberta nos textos normativos”.⁵⁷

Na perspectiva positivista, a construção da “única resposta certa” só aparentemente restringe a liberdade decisória do julgador. A ausência de critérios objetivos para aferir a solução certa preserva *de facto* essa liberdade. Temos

55 Entre os autores nacionais cf. Streck, 2008 e 2008-a. Indicações bibliográficas sobre o debate internacional em Dimoulis, 2006, pp. 245-255.

56 Críticas ao moralismo jurídico em Alexander e Kress, 2000, pp. 440-491; Dimoulis, 2006, pp. 98-99.

57 Amado, 2007, p. 243.

tão somente uma negação verbal, na tentativa de legitimar a decisão não como decorrência da vontade do aplicador, mas como produto de uma suposta retidão/correção (*Richtigkeit*) ética e jurídica. O idealismo da única resposta certa mostra sua afinidade com o realismo jurídico que identifica o direito vigente com a vontade do aplicador.⁵⁸

Percebe-se aqui que a opção teórica a favor ou contra o positivismo jurídico apresenta relevância prática no que diz respeito à determinação do papel do Judiciário. As nossas análises indicam que o positivismo jurídico afasta opções políticas e construções teóricas irracionais a favor ou contra à ampliação do papel do Poder Judiciário, insistindo na necessidade de delimitar suas competências de maneira rigorosa.

Reconhecendo a amplitude das competências do Judiciário em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, que garantem um praticamente irrestrito acesso à Justiça, mesmo em temas controvertidos e politicamente “sensíveis”, o positivismo admite também que o julgador é livre para impor suas *preferências* dentro do quadro das decisões aceitáveis que é traçado por normas superiores.

Por outro lado, o positivismo considera que a liberdade de decisão-concretização dada ao Legislativo e ao Executivo é bem maior do que aquela do Judiciário, que só pode contrariar as decisões dos demais poderes se forem respeitadas as restritivas condições que indicamos.

Isso faz o positivismo jurídico se aproximar do *minimalismo judicial*.⁵⁹ Há autores que defendem o minimalismo judicial por razões substanciais, pensando nas limitações cognitivas e atuariais dos juízes. Nessa ótica, o Judiciário seria em muitos casos incompetente no sentido axiológico

58 Cf. Amado, 2007, pp. 244-245 e pp. 253-254.

59 Apresentação da corrente em Peters, 2000.

da incapacidade ou da inadequação funcional.⁶⁰ O positivismo defende o minimalismo judicial por razões jurídicas, que dizem respeito ao limite das competências de cada poder estatal, isto é, se relacionam à distribuição do ônus argumentativo entre os agentes, considerando impeditiva a incompetência no sentido jurídico (e não axiológico).

3. Consequências práticas da teoria positivista da validade

Como identificar o ordenamento jurídico vigente? Quais critérios permitem localizar as normas juridicamente vinculantes entre os múltiplos e parcialmente conflitantes comandos que vigoram na sociedade?

O positivismo jurídico considera o direito como conjunto de normas que foram formuladas e postas em vigor por seres humanos⁶¹ (*tese do fato social*)⁶² e se impõem mediante atos dos titulares do poder social que em determinado momento prevalece de fato, sendo legitimado no sentido de sua força superior e duradoura e impedindo a aplicação de normas contrárias oriundas de outros sistemas normativos.⁶³

Na visão positivista, a validade depende da identificação do poder socialmente dominante ou, no vocabulário kelseniano, da fonte de criação das normas com “eficácia duradoura”.⁶⁴ No caso do Brasil, como em praticamente todos os países, esse poder é exercido atualmente pelo Estado.

60 Essa versão do minimalismo é defendida por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003); cf. Vermeule, 2006. Para uma crítica, cf. Dimoulis, 2011.

61 Austin, 1954, p. 124; Kelsen, 1928, p. 64; Scarpelli, 1965, p. 105.

62 Raz 1979, p. 37; Schiavello, 2004, p. 3.

63 Dimoulis, 2006, pp. 110-123.

64 Kelsen, 2000, p. 53.

Consequência disso é a exclusão do direito natural e de qualquer outra construção normativa de origem metafísica ou racionalista (boa razão, consciência, natureza das coisas). Em paralelo, rejeita-se a moral como fonte vinculante do direito. O imperativo moral não pode ser criador de normas jurídicas, nem critério compulsório para a concretização do direito. Caso contrário, ocorreria uma abertura do espaço discricionário do aplicador que o positivismo considera como juridicamente equivocada e politicamente antidemocrática.

Há várias construções teóricas que atribuem validade a normas não derivadas do poder político legitimado mediante sua força de imposição. No Brasil, há doutrinadores seduzidos pelas promessas civilizadoras-universalizantes da supremacia do direito internacional⁶⁵ ou pelo potencial progressista de um direito “popular” e “alternativo”.⁶⁶

Aqui também deve ser feita uma pesquisa documental da doutrina e da jurisprudência brasileira para constatar a teoria da validade prevalecente. A nossa impressão é que, em sua esmagadora maioria, ambas reconhecem que só vincula juridicamente o direito criado pelo Estado ou por particulares e pessoas jurídicas nacionais e internacionais de acordo com o direito do Estado, sendo supremo o texto da Constituição Federal.

Temos duas indicações da prevalência dessa visão positivista no ensino jurídico. Por um lado, o ensino da hierarquia normativa com base na imagem da pirâmide ou da estrutura escalonada. Essa imagem predomina não somente nos manuais de introdução ao direito, mas em geral no ensino jurídico, situando a Constituição de cada país no

65 Representativa a obra de Piovesan, 2006, pp. 51-103. Panorama das posições doutrinárias e jurisprudenciais em Bonifácio, 2008, pp. 181-227.

66 Representativa a obra de Carvalho, 1993. Crítica em Sabadell, 2008, pp. 109-119.

topo da hierarquia das fontes jurídicas. Por outro lado, o ensino das fontes formais do direito atribui prevalência e até exclusividade às fontes de origem estatal, indicando o papel marginal de fontes não estatais, como o costume jurídico e a vontade dos particulares.

Na jurisprudência brasileira essa tese positivista foi formulada de maneira emblemática na ADIN 997, que rejeita qualquer espécie de supraconstitucionalidade, reconhece que todas as normas constitucionais possuem a mesma força formal e determina como tarefa fundamental do Poder Judiciário fazer respeitar a Constituição Federal contra qualquer questionamento normativo.⁶⁷

Aqui também percebemos a relevância prática de adoção das teses positivistas (ou das teorias concorrentes). Essa opção teórica determina a postura do aplicador em relação ao direito vigente, determinando o papel da produção normativa estatal, assim como a relevância da moral na aplicação do direito.

4. Consequências da teoria positivista da legitimidade: a segurança jurídica é um valor?

Observamos no início desse trabalho que há uma difusa impressão de que o positivismo jurídico garante a segurança-previsibilidade jurídica. Há inclusive juspositivistas que apresentam essa vinculação como argumento a favor do positivismo, já que outras teorias privilegiariam o subjetivismo do aplicador e o recurso a fontes extra-jurídicas, gerando imprevisibilidade e incerteza na aplicação do direito.⁶⁸

67 STF, Ação direta de inconstitucionalidade n. 997, relator Min. Moreira Alves, julgamento 28.3.1996. Texto em <http://www.stf.jus.br>.

68 Ott, 1992, pp. 176-177.

Por detrás dessa afirmação encontra-se o problema de definição da segurança jurídica.⁶⁹ Podemos dar uma definição muito ampla, entendendo-a como imperativo de aplicação da norma em todos os casos por ela abrangidos e de não aplicação nos demais casos.⁷⁰ Nessa perspectiva, todas as escolas de pensamento jurídico garantem a segurança jurídica, pois ninguém sugere a violação do direito.

Podemos também optar por definir a segurança jurídica de maneira mais restritiva. Nessa visão, seria entendida como imperativo que:

- a) proíbe as leis retroativas;
- b) reduz a liberdade discricionária do aplicador;
- c) impõe a taxatividade na formulação normativa e, eventualmente,
- d) garante a justiça material, graças à estabilidade e à previsibilidade que propicia.

Entendida com base nessas características, a segurança jurídica *não* está garantida no ordenamento jurídico brasileiro (e em nenhum outro de nosso conhecimento!) e tampouco pode ser defendida pelo positivismo jurídico. Temos para tanto as seguintes razões:⁷¹

Primeiro, entendendo a segurança jurídica como valor (social, econômico e político de estabilidade, previsibilidade, tutela do indivíduo etc.), o positivismo jurídico não possui motivo para considerá-la como prevalecente em relação a outros valores, ideais e formas de organização social.⁷² Em

69 Análise exaustiva em Ávila, 2011. Trata-se de estudo profundo e exaustivo, apesar da problemática tendência de considerar a segurança jurídica como algo determinável e condizente com a visão juspositivista.

70 Definição adotada por Radbruch, 1999, p. 228.

71 Cf. as críticas em Dimoulis, 2006, pp. 199-201.

72 Uma análise crítica da segurança jurídica enquanto valor encontra-se em Manrique, 2003.

muitos casos, a adaptação rápida do direito a novas situações ou a correção de equívocos normativos é muito mais vantajosa, para certos grupos sociais, do que a preservação de antigas normas e interpretações. Dito de outra maneira, diante da multiplicidade de valores e de interesses sociais, não há motivo logicamente convincente para considerar a segurança como preferível em relação aos valores da modernização, da flexibilidade ou da eficiência.

Segundo, analisando a segurança jurídica como elemento do sistema jurídico (como princípio que pertence ao ordenamento jurídico), constatamos que não há garantia positivada e abrangente da segurança jurídica. Certamente na Constituição e nas leis encontraremos garantias pontuais e limitadas da segurança jurídica, tais como a proibição (parcial) da retroatividade e a (limitada) tutela do direito adquirido, assim como a garantia do direito à segurança dos direitos fundamentais. Mas não há proclamação de um princípio geral de segurança jurídica. É indicativo que a segurança jurídica não se encontra entre os “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal) nem entre seus “objetivos fundamentais” (art. 3º) ou os “princípios” das relações internacionais (art. 4º).

Há também muitas normas vigentes, indicando que o direito positivo não promove a segurança jurídica. Isso se verifica no caso de normas retroativas e quando se concedem amplos poderes discricionários ao julgador. A partir do momento em que, por exemplo, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser interpretadas de acordo com os critérios dos “fins sociais” da lei, das “exigências do bem comum” ou da condição peculiar das crianças e dos adolescentes (art. 6º do ECA), como dizer que o direito positivo sempre deseja promover a segurança jurídica?

Terceiro, a referência dos teóricos do direito à segurança jurídica objetiva legitimar o ordenamento jurídico vigente,

apresentando seu fiel cumprimento como algo desejável porque promoveria a paz, a ordem e a segurança dos direitos. Mas, como veremos, é exatamente isso que o positivismo jurídico não deseja fazer: recusa-se a legitimar certos ordenamentos ou normas jurídicas, exaltando suas virtudes.

Significa isso que os positivistas não possuem preferências políticas? Não se posicionam sobre problemas sociais? Nunca assumiram posições de poder? A leitura dos textos dos principais positivistas e o conhecimento de suas biografias permite identificar claras preferências político-sociais. Em sua maioria, os positivistas adotam a visão do liberalismo político em prol dos direitos individuais; são democratas e partidários do pluralismo ideológico; consideram o Estado como força de ordem e coesão social que limita os excessos da “liberdade” individual; propugnam pela paz mundial; adotam posições de relativismo moral, rejeitando a existência de valores morais universais.⁷³

Tais preferências não são requisitos para adotar a visão juspositivista. Nada impede que alguém seja positivista e comunitarista, partidário da moral universal, fundamentalista religioso ou, segundo a observação de Kelsen, anarquista.⁷⁴ Mas o mais importante é que os positivistas procuram separar o trabalho jurídico-analítico de suas preferências subjetivas.

Ao estudar a estrutura do ordenamento jurídico e ao interpretar seus dispositivos, o juspositivista adota uma postura de *distanciamento* tanto de suas preferências pessoais como dos valores e interesses de grupos sociais. Procura também se distanciar dos conteúdos normativos e ideológicos do próprio ordenamento, evitando defender as

73 Cf. as biografias de Kelsen (Métall, 1969), Hart (Lacey, 2004) e Bobbio (Greco, 2000).

74 Kelsen, 2000, p. 425.

opções legislativas como adequadas, necessárias ou justas e a legitimar seus resultados.

Finalmente, o positivismo, pelo menos em suas versões mais interessantes, mostra seu distanciamento radical ao entender suas tarefas teóricas de uma maneira modesta.⁷⁵ Não procura descrever e explicar aquilo que efetivamente faz o aplicador do direito. Muito menos deseja orientar o aplicador do direito elaborando uma praxeologia (“faça cumprir a Constituição!”, “obedeça essa norma!”, “escolha essa interpretação!”, “seja neutro!”, “busque a justiça!”). O positivista procura tão-somente indicar qual é o significado da locução “direito válido” e quais as possíveis posturas do intérprete-aplicador, no caso em que esse intérprete-aplicador entenda que certo conjunto de normas constitui o direito válido.

Nesse radical distanciamento reside uma ulterior diferenciação prática do juspositivismo em relação a abordagens moralistas ou sociológicas. Essas escolas negam a separação entre os conteúdos normativos e os valores e interesses sociais extra-jurídicos. Isso leva à postura do *subjetivismo desejado*,⁷⁶ que não diferencia entre opiniões pessoais, demandas sociais, imperativos morais e conteúdos do ordenamento jurídico vigente.

A opção pelo distanciamento juspositivista ou pelo subjetivismo desejado, característico de outras abordagens, tem consequências práticas:

- a) repercute nos resultados interpretativos, que podem ser ou não influenciados por elementos extra-jurídicos;
- b) influencia a postura ideológica do operador do direito que, sendo positivista, evitará transformar o estudo e

75 Esses esclarecimentos foram feitos após observações críticas do Prof. Noel Struchiner, mas engajam a responsabilidade exclusiva de quem assina.

76 Dimoulis, 1999, p. 17 e p. 26.

a aplicação do direito em discurso ideológico de crítica ou defesa de determinados projetos de poder.

Isso confirma que as opções de teoria do direito influenciam, de maneira decisiva, a forma de atuação tanto do estudioso do direito (ponto esse consensual) como também do operador do direito (algo que tende a ser ignorado, entendendo-se a teoria do direito como algo abstrato e interessante somente para filósofos do direito). Essa constatação equivale a um convite para aprofundamento em assuntos teóricos.

Esclarecer as opções teóricas e se posicionar de maneira coerente sobre problemas de validade e de interpretação do direito é uma tarefa que pode propiciar práticas decisórias mais coerentes. E pode incitar os operadores do direito a um posicionamento mais crítico (e autocrítico) perante os resultados do trabalho interpretativo. Aqui também a teoria esclarece.

Referências

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 419-492, 2000.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos: elementos de crítica ao neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, pp. 237-264, 2007.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University, 1995.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 187-202, 2009.

ÁVILA, Humberto.. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 599-635, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 203-249, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito

de medicamentos e parâmetros para a atuação jurídica. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (orgs.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, pp. 221-249, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 167-175, 2007.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Amílton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo. Diálogo socrático. In: GHIRARDI, José Garcez (org.). *Métodos de ensino em direito: conceitos para um debate*. São Paulo: Saraiva, pp. 31-47, 2009.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, pp. 17-42.

COMANDUCCI, Paolo. Uma defesa do positivismo metodológico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, pp. 339-352, 2008.

DAVIS, Michael. *A government of judges: an historical review*. *American Journal of Comparative Law*, v. 35, pp. 559-580, 1987.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. In: *Revista dos Tribunais*, v. 769, pp. 11-27, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (orgs.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, pp. 43-59, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, pp. 213-242, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, pp. 179-199, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração

do controle de constitucionalidade no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 7, pp. 217-238, 2008a.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, Écio Oto. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, pp. 15-73, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GHIRARDI, José Garcez. Reflexão jurídica e métodos de ensino. In: GHIRARDI, José Garcez (org.). *Métodos de ensino em direito: conceitos para um debate*. São Paulo: Saraiva, pp. V-VIII, 2009.

GONÇALVES, Graziela Marisa. As sentenças determinativas e o juiz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 136-148, 2006.

GRECO, Tommaso. *Norberto Bobbio: un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*. Roma: Donzelli, 2000.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004.

KELSEN, Hans. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Charlottenburg: Heise, 1928.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University, 2004.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Juliana Maggi. O direito de greve dos servidores públicos e o STF. In : COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (orgs.). *Jurisprudência constitucional : como decide o STF ?* São Paulo: Malheiros, pp. 483-499, 2009.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema de teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira *et al.* *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 199-261, 2003.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. A sentença determinativa re-conhecida. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 149-168, 2006.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 117-168, 2009.

MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. In: *Doxa*, n. 26, pp. 477-515, 2003.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, pp. 337-361, 2011.

MÉTALL, Rudolf Aladar. *Hans Kelsen: Leben und Werk*. Wien: Deuticke, 1969.

MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

PETERS, Christopher. **Assessing the new judicial minimalism**. In: *Columbia Law Review*, v. 100, pp. 1454-1537, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University, 1979.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin *et al.* (orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 429-439, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais: o peso dos vinte

anos. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 8, pp. 151-164, 2008.

RUSSO Jr., Rômolo. O poder do juiz integrar o contrato à realidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 136-148, 2006.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 113-148, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-49, 2009.

SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

SCHIAVELLO, Aldo. *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart: un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 251-269, 2007.

SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição. Entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, pp. 363-380, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Um balanço hermenêutico dos vinte anos da Constituição do Brasil: ainda o problema do positivismo jurídico. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (orgs.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, pp. 185-206, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, pp. 285-315, 2008a.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRUCHINER, Noel. *Para falar em regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, pp. 119-152, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena

Cortada (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, pp. 287-305, 2011.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: *Michigan Law Review*, n. 101, pp. 885-951, 2003.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University, 2000.

TAGLIAVINI, João Virgílio (org.). *A superação do positivismo jurídico no ensino do direito*. Araraquara: Junqueira & Martin, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 2, pp. 9-28, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante*. São Paulo: Método, 2007a.

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, pp. 129-157, 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. In: *Revista da Direito GV*, n. 8, pp. 389-406, 2008.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia: vícios e virtudes*

republicanas (2007). <http://www.prrs.mpf.gov.br/iw/iol/public.php?publ=28851>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, n. 8, pp. 441-463, 2008.

VILLA, Vittorio. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*. Torino: Giappichelli, 2004.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*. Roma: Laterza, 2001.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (orgs.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, pp. 275-300, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

Recebido em 13/11/2011.

Aprovado em 04/12/2011.

