

# **V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,  
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

**JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]  
organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-457-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

---

### **Apresentação**

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI -, tem proporcionado a disseminação de pesquisas, enriquecendo o conhecimento em variadas áreas dos saberes. A sua abrangência nacional e internacional alcança inúmeros territórios e culturas, enriquecendo o âmbito da Ciência Jurídica e sua interface com as demais Ciências Humanas e Sociais.

O Grupo de Trabalho “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, formado no V Encontro Virtual do CONPEDI, o qual se realizou totalmente on-line, em razão do cumprimento das medidas de distanciamento social decorrentes da pandemia de Covid 19 (Sars-Cov2), ocorreu no dia 17 de junho de 2022.

Todos os textos produzidos em forma de artigos científicos, apresentados por seus respectivos autores e coautores, justificam a atualidade e relevância dos Encontros do CONPEDI e dos Grupos de Trabalhos formados - enquanto espaço de reflexões e debates que divulgam temas jurídicos e sua relação com as dinâmicas sociais, políticas, ambientais e culturais contemporâneas.

As exposições realizadas no “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico” também propiciaram visões transdisciplinares ao desafiar ricas reflexões envolventes das teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, numa trajetória de construção do saber jurídico contemporâneo.

As abordagens epistemológicas trazidas pelos pesquisadores expositores, ao renovarem as reflexões, favorecendo reinterpretções de teorias científicas e temáticas conflitantes, regionais e globais, desafiaram doutrinas e teorias clássicas e contemporâneas, entre outras as de John Rawls, Tommas Hobbes, Paul Ricoeur, John Locke, Miguel Reale e outros juristas de nomeada.

Nesse sentido, com satisfação, os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua leitura, ao mesmo tempo em que agradecem a honra e a alegria de terem coordenado as

reflexões e os debates promovidos pelos pesquisadores, todos extremamente qualificados e conhecedores dos temas trazidos às exposições.

17 de junho de 2022.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Prof. Dr. José Alcebíades Oliveira Junior – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões (URI)

# **A TEORIA GARANTISTA DA DISCRICIONARIEDADE JURISDICIONAL: UMA SAÍDA CRÍTICA DIANTE DOS ALARGAMENTOS ILEGÍTIMOS DA JURISDIÇÃO**

## **THE GUARANTEEIST THEORY OF JURISDICTIONAL DISCRETION: A CRITICAL WAY IN THE FACE OF THE ILEGITIMATE ENLARGEMENTS OF JURISDICTION**

**Lucas Bortolini Kuhn** <sup>1</sup>

**Sérgio Urquhart de Cademartori** <sup>2</sup>

### **Resumo**

A discricionariedade na atividade jurisdicional ocupa um lugar relevante no pensamento jurídico, especialmente a partir do século XX. O presente artigo discute a discricionariedade, retomando como ela foi teorizada por grandes expoentes do pensamento juspositivista, como ela foi rechaçada e questionada pelo neoconstitucionalismo, e a forma como a leitura garantista do constitucionalismo rígido reconfigura a discussão. Conclui-se que uma leitura crítica garantista possibilita não apenas uma observação mais rigorosa das complexidades que a discricionariedade jurisdicional na prática apresenta, mas também um ferramental teórico para delinear as problemáticas que significa para a garantia dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo garantista, Discricionariedade jurisdicional, Neoconstitucionalismo, Teoria constitucional, Positivismo jurídico

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Discretion on the jurisdictional activity is a theme that occupies a relevant spot in legal thought, specially after the 20th century. This article discusses discretion, reconstructing how it has been theorized by great thinkers of legal positivism, how it was rejected and criticized by neoconstitutionalism, and how the guaranteeist reading of rigid constitutionalism reconfigures the discussion. The conclusions are that a critical guaranteeist reading makes possible not only a more rigorous observation of the complexities that jurisdictional discretion in practice presents, but also a theoretical framework to discuss the problems it represents to the guarantee of fundamental rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Guaranteeist constitutionalism, Jurisdictional discretion, Neoconstitutionalism, Constitutional theory, Legal positivism

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito e Sociedade (Unilasalle), Bacharel em Direito (Unicruz). Bolsista CAPES /PROSUC. Membro do Grupo de Pesquisa Garantismo e Constitucionalismo Popular. E-mail: lucas.kuhn@rocketmail.com

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Professor permanente do PPG em Direito da UNILASALLE e do PPG em Direito da UNIFG. Consultor ad hoc da CAPES. E-mail: sucademartori@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

A discricionariedade na atividade jurisdicional é um dos assuntos mais recorrentes nas discussões de teoria jurídica moderna. Desde a hegemonia juspositivista e as discussões kelsenianas sobre a moldura e a área voluntarista de interpretação e aplicação das normas às discussões de Hart sobre a zona de penumbra e todas as conseqüentes divergências de Dworkin, a discricionariedade na interpretação das normas na atividade jurisdicional é uma ideia com defesas tão controversas quanto suas críticas e soluções a ela alternativas.

O presente artigo visa dar um passo na reconfiguração desta discussão a partir de um eixo garantista. O constitucionalismo garantista é a abordagem teórica que visa interpretar as constituições do constitucionalismo do segundo pós-Guerra como uma refundação ou complemento da modernidade jurídica, com uma leitura juspositivista que interpreta os direitos fundamentais e princípios positivados nestas cartas como o fundamento de uma análise científica sobre a substância do direito positivo que avalia, criticamente, a legitimidade dos estados constitucionais.

A partir deste horizonte, se coloca como uma alternativa às interpretações das posturas teóricas do neoconstitucionalismo, oferecidas e apresentadas como não-positivistas ou pós-positivistas e que defendem de variadas maneiras uma conexão entre direito e moral, rechaçada pelo paleojuspositivismo e sua separação entre os dois discursos, aprofundada em uma autonomia recíproca entre as duas esferas no constitucionalismo garantista.

O objetivo do presente texto é discutir como este modelo teórico, que se coloca a partir de um diferente e rigoroso ponto de vista juspositivista crítico, lida com a discricionariedade na atividade jurisdicional, considerando o legado do paleojuspositivismo de uma defesa expressa ou fatalista da discricionariedade e a aparente contradição que ela pode representar para um modelo teórico que rechaça a existência de poderes não limitados ou vinculados no âmbito de estados constitucionais.

Para tal, a abordagem fenomenológica é dividida em três momentos. O primeiro, tematiza sinteticamente as discussões relevantes sobre a discricionariedade no paleojuspositivismo e as críticas do neoconstitucionalismo a esta defesa. O segundo, discute as propostas do neoconstitucionalismo em relação à discricionariedade na atividade jurisdicional. O terceiro define uma teoria garantista dúplice da discricionariedade judicial, que separa efetividade e validade em uma tentativa de preservação tanto de uma descrição apropriada das práticas jurisdicionais contemporâneas, quanto do local crítico e prescritivo da ciência jurídica.

A hipótese central do texto é a de que esta separação entre efetividade – ou, noutros termos, a existência da discricionariedade na prática das atividades jurisdicionais – e validade – ou, noutros termos, o discurso propriamente científico, normativo e crítico embasado na substância dos direitos fundamentais e princípios – é a base para diferenciar a observação garantista da prática tendencialmente antigarantista da discricionariedade judicial de sua aceção crítica e normativa, que fornece caminhos para a redução das margens de ilegitimidade oriundas de uma atuação discricionária da jurisdição.

## **2 DISCRICIONARIEDADE NA JURISDIÇÃO: BREVE HISTÓRICO**

O papel da jurisdição no pensamento jusfilosófico possui um histórico tão largo quanto o da própria filosofia jurídica. Para fins explicativos e sintéticos, o recorte útil nesta vasta trajetória é o da modernidade jurídica, ou, aquilo que Ferrajoli (2018, p. 62) chama de primeiro positivismo jurídico. O primeiro positivismo jurídico, ou paleojuspositivismo, é a convergência de uma vasta gama de fatores não apenas teóricos, mas, especialmente, fatores políticos que definem a trajetória europeia na direção de um cenário jurídico diferente daquele pré-moderno.

Na reconstituição desta transição, Bobbio (1995, p. 26) lembra do pluralismo jurídico medieval como marca de um cenário jurídico amplamente distinto daquele que se pode chamar de primeiro positivismo jurídico, ou, também, primeira modernidade jurídica. Este pluralismo medieval significa, em suma, relembrar as múltiplas normatividades concorrentes, como o direito comum, o direito canônico, os princípios de direito romano ainda aplicados e as possíveis normatividades de cada local, com uma situação de coexistência entre direito positivo e natural.

O primeiro passo para se falar de um primeiro positivismo jurídico é compreender que a leitura do direito sob as lentes do recorte juspositivista é um movimento teórico que acontece diante de um contexto histórico: o surgimento do Estado moderno, com o “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (BOBBIO, 1995, p. 26). Este processo de monopolização, que guarda particularidades locais em cada um dos contextos específicos onde ocorre, possui como generalidade a colocação do direito positivo como fonte única de juridicidade.

E é a partir deste giro político e jurídico que se pode falar do juspositivismo enquanto teoria do direito que identifica e trabalha esta realidade fática: a de que, a partir do Estado moderno, apenas o direito positivo pode ser identificado como direito, com o princípio da

legalidade sendo a raiz de um campo de estudos próprio. Este campo de estudos próprio, a ciência jurídica, se define a partir de uma matriz juspositivista em oposição ao jusnaturalismo, colocando-se diante da tarefa de explicar e investigar a realidade empírica resultante deste impulso à legislação, que Bobbio (1995, p. 118) narra como um movimento universal na modernidade.

A legalidade constituiu-se como um critério de identificação do objeto desta ciência jurídica então nascente, ao mesmo passo que também é a marca própria do monopólio estatal de produção jurídica. A partir disto, não apenas se possibilita a identificação das normas vigentes em um determinado contexto social para os fins de investigação científica, mas também há uma consequência para a jurisdição: a delimitação do universo discursivo que se pode compreender como direito significa também o reposicionamento da atividade jurisdicional.

Como lembra Bobbio (1995, p. 28), a existência de uma multiplicidade de fontes do direito no pluralismo medieval significava a figura do juiz como um órgão livre da sociedade, que poderia aplicar normas de várias fontes distintas. A centralização na figura do Estado moderno, por sua vez, coloca o juiz como um funcionário deste Estado, condicionado a aplicar estas normas positivadas, bem como desconhecer a juridicidade de outras normativas, naquilo que comumente é chamado de separação entre direito e moral.

O direito positivo produzido pelo Estado moderno reivindica para si a exclusividade com base em uma máxima hobbesiana: é a autoridade, e não a verdade, que faz a lei. E esta mesma máxima, como lembra Ferrajoli (1995, p. 16), se inverte em relação à jurisdição: é a verdade, e não a autoridade, que faz o julgado. Em termos sintéticos, o que ambas as máximas expressam é a estrutura da modernidade jurídica que importa em afirmar a autoridade como critério de vigência das normas independentemente de sua substância, bem como a postura dos juízes em relação a elas, que deve ser a de interpretação e aplicação, já que não possui a autoridade para elaborar e discorrer sobre os seus conteúdos normativos.

Por isto, notadamente, o transcorrer dos desenvolvimentos do primeiro positivismo jurídico importam em conhecer e descrever as normas positivas, bem como teorizar sobre as melhores formas científicas de abordar o direito positivo, confiando-se especificamente nos mecanismos científicos modernos para a construção de um estatuto científico para o direito, importados das ciências naturais e da física (BOBBIO, 1995, p. 136). Entretanto, delimitar e descrever o direito positivo evidentemente implicou numa questão: os limites de um universo discursivo determinado.

Estes limites implicam naquele problema que Hart (1958, p. 607) chamou de zona de penumbra. Se o primeiro positivismo jurídico – que teve Hart como um dos maiores nomes – fez o trabalho de delimitar um objeto para que se trabalhasse a partir dele de forma dedutiva, como prosseguir em casos onde não existem normas predispostas ou onde há imprecisão linguística? É deste problema, que afetou talvez menos a teoria do direito em si – vide a teoria das lacunas de Kelsen (1998, p. 171-172) – do que a atividade jurisdicional e a dogmática, preocupados com casos onde o direito positivo vigente não fornece um aporte satisfatório para uma resposta judicial nos moldes interpretativos tradicionais, como a subsunção.

A discricionariedade judicial, neste panorama, acaba por permanecer uma prática da atividade dos juízes diante destes casos de imprecisão linguística e de insuficiência do direito positivo. Esta imprecisão linguística pode ser interpretada tanto como uma zona de penumbra como, também, como uma moldura que pode ser preenchida na interpretação (KELSEN, 1998, p. 247). A ideia predominante é a de uma área própria de atuação discricionária dos juízes, que ocorre nos espaços abertos da linguagem jurídica.

Na esteira destas acepções juspositivistas, a preocupação com as imprecisões da norma guiam Dworkin (1978, p. 93) a trabalhar os chamados de *hard cases*. O raciocínio de Dworkin (1978, p. 93), de que a inexistência de parâmetros legais positivos dos quais se podem deduzir fundamentos para uma decisão leva o primeiro positivismo jurídico à discricionariedade é coerente, embora esta discricionariedade dificilmente seja celebrada no pensamento juspositivista, mas simplesmente tida como uma fatalidade diante da impossibilidade de se estabelecerem disposições suficientes no direito positivo para todas as circunstâncias futuras.

Para Dworkin (1985, p. 119), esta defesa da discricionariedade como algo inevitável significa afirmar que nestes casos não há uma resposta correta. Seria, nesta perspectiva, uma consequência inescapável e que acaba por prejudicar teorias cognitivistas de jurisdição tanto por não vincular adequadamente a atividade dos juízes quanto por possibilitar, nesta perspectiva, que a jurisdição possa emitir julgamentos profundamente injustos por conta da atenção à legalidade independentemente de conteúdos, o que fundamenta uma grande reação do pensamento jurídico contra o primeiro positivismo jurídico a partir, especialmente, do segundo pós-Guerra.

Este levante, como será discutido adiante, tem por alvo central a ideia da separação entre direito e moral, um corolário do princípio da legalidade e que fundamenta tanto a aceção de que a ciência jurídica, no primeiro positivismo jurídico, deveria ser indiferente quanto à substância das normas, quanto também a jurisdição deveria aplicar o direito vigente

ainda que este tenha conteúdos diversos, como o direito dos totalitarismos do século XX ou, ainda, que as lacunas do direito positivo pressupõem a abstenção judiciária, diante da inexistência de norma a ser aplicada, o que violaria a máxima cognitivista de *veritas, non auctoritas facit iudicium* (FERRAJOLI, 1995, p. 16).

Até o primeiro positivismo jurídico, a discricionariedade como uma prática judicial cabível pode ser tida como sustentada, em síntese, em três fatores: a) a impossibilidade de normas regulamentando antecipadamente todos os tipos de circunstâncias sociais; b) uma consequência da avaloratividade almejada pela nova ciência do direito, que rechaçou como científica a avaliação da substância das normas positivas e, até mesmo, a autenticidade da interpretação das normas, que para Kelsen (1998, p. 245) é exclusiva dos órgãos que aplicam o direito, gerando uma postura essencialmente acrítica e descritiva em relação não só ao direito positivo, mas à jurisdição; c) os resquícios transicionais do pluralismo medieval ao Estado moderno, ainda observada a utilidade interpretativa de preceitos do direito romano, canônico e consuetudinário para a solução de questões jurídicas complexas e mal atendidas pelas codificações emergentes.

Por tal sorte, a máxima *auctoritas, non veritas facit legem* expressa justamente que o fundamento de legitimação das normas é a autoridade de quem as produz. Ao mesmo passo, a máxima *veritas, non auctoritas facit iudicium* indica que a jurisdição atua ao conhecer do litígio e das normas que o regulam para, então, dizer o direito. Sob tais máximas, a discricionariedade apresenta uma complexa questão: ao mesmo tempo em que ela foi tida como interna à modernidade jurídica no primeiro positivismo jurídico, ela expressa um espaço de potencial deliberação dos juízes que vai além do cognitivismo.

Ao mesmo tempo, entretanto, que a discricionariedade se mostrava prática jurisdicional corrente e que, por isso, deveria ser adequadamente descrita e integrada às teorias jurídicas que visavam compreender o funcionamento dos Estados modernos, a discricionariedade apresenta questões para os próprios fundamentos destes Estados. Como lembra Bobbio (1995, p. 38-39), é o fundamento próprio do monopólio da produção jurídica pelo Estado que a jurisdição não possua a autoridade para deliberar sobre a produção das normas, autoridade conferida ao soberano na acepção absolutista e ao parlamento na acepção liberal desta monopolização.

Por fim, ao aceitar a discricionariedade dos juízes como uma fatalidade, o primeiro positivismo jurídico acabou por internalizar uma contradição aos seus próprios fundamentos, e que acabou por servir de escada para um questionamento estrutural sobre o seu alicerce

central: o princípio da legalidade expresso como a separação entre direito (ou o que o direito é) e moral (ou o que o direito deveria ser).

### **3 CONTRA A DISCRICIONARIEDADE: INTERSECÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL E A QUESTÃO DA RESPOSTA CORRETA**

O primeiro positivismo jurídico surge como uma abordagem teórica nova e necessária diante de uma realidade empírica: o Estado moderno e o impulso à legislação, que monopoliza a produção jurídica nos estados e coloca o direito positivo ao centro, com inúmeros projetos de codificações robustas e avançadas, como o Código Napoleônico, por exemplo. Da mesma forma, novos contextos reclamam renovações teóricas, e é o que ocorre especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial.

O pontapé inicial, como no caso do primeiro positivismo, é dado pela realidade empírica: constituições rígidas surgem na vasta maioria dos países ocidentais, positivando como direitos fundamentais e princípios os direitos humanos declarados em 1948. Esta realidade empírica renovada importa em inúmeras novas questões teóricas, como a efetividade destes direitos fundamentais, a sua reivindicação em juízo, o impacto interpretativo sobre as legislações infraconstitucionais e, no limite, a questão sobre o próprio conceito de direito.

Aquilo que Ferrajoli (2018, p. 11) chama de constitucionalização do projeto jurídico da paz, que é a entrada nas constituições dos direitos fundamentais que espelham o encerramento da violência da guerra no plano internacional com o encerramento das possibilidades de totalitarismos no plano interno das democracias constitucionais, significa uma necessidade renovada de modelos teóricos. E esta constitucionalização, evidentemente, leva a uma atenção científica tanto às práticas institucionais subsequentes ao surgimento das novas democracias constitucionais quanto às posturas teóricas que já lidavam com diferentes questões interpretativas e que poderiam fornecer elementos para o tratamento das novas problemáticas.

Destes dois pontos de partida, podemos retirar as duas grandes subdivisões do neoconstitucionalismo. A primeira, é o constitucionalismo que orbita a obra de Robert Alexy (2015, p. 9), que descreve e explica as práticas do Tribunal Constitucional Alemão para aplicação dos direitos fundamentais, e avança desta observação das práticas interpretativas na direção da construção de um modelo discursivo de constitucionalismo que

[...] acrescenta a essa dimensão real ou fática [do positivismo] a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. (ALEXY, 2015, p. 9).

O segundo é o constitucionalismo que se constitui a partir de Ronald Dworkin e do debate anglo-saxão sobre os limites do positivismo jurídico que ocorre entre ele e Herbert Hart. E em ambos os casos, a discricionariedade dos juízes tem um papel relevante. Como já discutido anteriormente, o espaço interpretativo dedutivo do modelo cognitivista de jurisdição típico ao primeiro positivismo jurídico pode admitir – mesmo que como fatalidade – a discricionariedade dos juízes como uma realidade diante da necessidade da jurisdição de fornecer respostas diante das imprecisões linguísticas do direito positivo. E os direitos fundamentais e princípios apresentam potenciais desafios, para o neoconstitucionalismo, neste sentido.

O neoconstitucionalismo, em ambas as duas grandes vertentes internas bem como em outras vertentes mais recentes, tem por característica a interpretação de que estes direitos fundamentais estabelecidos nas constituições são tidos como princípios, com uma estrutura distinta que não pode ser aplicada subsuntivamente, como as regras (FERRAJOLI, 2012, p. 21). Com uma leitura do constitucionalismo rígido que é centrada na atividade jurisdicional, o aspecto fundamental do neoconstitucionalismo é uma denúncia de que a tradição científica do primeiro juspositivismo é incapaz de oferecer soluções interpretativas para uma linguagem jurídica cheia de normas com estruturas de princípios, e que esta estrutura apresenta um potencial para a discricionariedade que precisa ser reduzido.

Na vertente neoconstitucionalista dworkiniana, a redução da discricionariedade é confiada à tese da resposta correta: a de que, mesmo onde um caso não for coberto por direitos positivados, há uma resposta correta a ser encontrada a partir da interpretação da tradição institucional de uma comunidade política particular (DWORKIN, 1978, p. 82-87), com o conceito de direito como integridade: o direito deve ser interpretado como se parte de uma íntegra história institucional de uma comunidade política específica, compreendendo-se cada parte desta história como uma construção coletiva democrática.

Neste senso, Dworkin (2011, p. 405) em sua fase tardia vai até ao ponto de um reposicionamento do próprio direito em seu pensamento, colocando-o como um ramo da moralidade política. Olney (2019, p. 163) interpreta estas proposições como uma tentativa de impôr coerência e sentido ao universo discursivo jurídico-político, afirmando que a interpretação dworkiniana que enfatiza uma integridade na historicidade discursiva do direito

como o caminho para lidar com lacunas e imprecisões linguísticas é meramente substituída por um reposicionamento que também conecta o direito à moral de uma forma distinta.

Se no direito como integridade a história institucional e política de uma comunidade política pode servir como fonte de argumentos de princípio para a resolução de *hard cases* a partir de uma leitura moral das constituições, o reposicionamento tardio de Dworkin apenas coloca que a justificativa moral para a integridade não é interna ao direito, mas anterior e mais abrangente. Dworkin troca a pergunta sobre como um juiz deve agir, para agir com integridade, pela pergunta sobre o porquê (OLNEY, 2019, p. 160), e, com isto, elide completamente a separação discursiva entre direito e moral ao não apenas admitir o conteúdo moral que o direito pode ter (conexão contingente), o que, por si, já rechaça a ideia de legalidade juspositivista.

A aposta, aqui, é por algo ainda mais radical do que a mera inclusão discursiva do horizonte da moralidade política como fonte de fundamentação para a atividade jurisdicional, mas uma própria concepção de direito completamente condicionada a uma abordagem interpretativa trabalhada sob a égide de um horizonte moral não positivado e sem qualquer controle democrático.

Na vertente alexyana, um dos aspectos centrais é, para além da afirmação de uma dimensão ideal ao direito que o reconecta à moral, a afirmação de que os direitos fundamentais positivados são princípios, com uma estrutura normativa diversa das regras. Esta estrutura normativa seria diversa da normatividade binária de uma regra, sendo aplicada na medida do possível e sempre em virtual conflito, que seria resolvido nos casos concretos através da ponderação dos pesos dos princípios em colisão, gerando então uma regra para o caso que, então, poderia ser aplicada subsuntivamente (ALEXY, 2015, p. 37).

Esta estrutura diversa que o constitucionalismo argumentativo de Alexy afirma para os direitos fundamentais torna necessária uma teoria, justamente, para a redução dos espaços de discricionariedade que surgiriam diante da estrutura percebida como a de “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2015, p. 37), que não expressariam deveres aplicáveis diretamente, mas sim obrigações a serem cumpridas na medida do possível. A ponderação, neste sentido, se traduz em uma tentativa teórica de racionalizar os espaços interpretativos criados por esta nova normatividade, compreendendo a atividade dos juízes como uma de argumentação sobre o conteúdo dos direitos fundamentais em colisão que deve ser feita de forma racional, através de um procedimento específico, que é o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, FERRAJOLI (2012, p. 21) afirma que:

Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela consequente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes.

Como Ferrajoli (2012, p. 21) reconhece, evidentemente que o neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo principialista – é apto em registrar aspectos do atual funcionamento das instituições, em especial a jurisdição. A ponderação de direitos fundamentais, compreendidos como princípios, e o rechaço a muitos dos aspectos do positivismo jurídico tanto teóricos quanto de cultura jurídica, são aspectos relevantes para qualquer tentativa descritiva do direito contemporâneo, especialmente nos países ocidentais.

Entretanto, o que esta acepção hoje hegemônica do direito – embora já não se possa dizer que possua a centralidade científica que o primeiro positivismo jurídico teve até meados do séc. XX – relega a um papel um pouco secundário é a tarefa prescritiva: perceber não como a jurisdição funciona, mas como ela precisa funcionar para a garantia de direitos fundamentais. Nisto, argumenta Ferrajoli (2012, p. 22), o neoconstitucionalismo confunde a descrição com a prescrição, legitimando o direito pela atividade dos juízes, ao contrário de preservar o espaço crítico da ciência jurídica e afirmar a atividade jurisdicional como objeto da ciência jurídica, não como fonte primária do direito ou como ponto central da fenomenologia jurídica.

#### **4 UM OLHAR CRÍTICO À DISCRICIONARIEDADE A PARTIR DE OUTRA ACEPÇÃO: A VIA GARANTISTA**

A partir do final do século passado e na primeira década do atual, o tratamento juspositivista do direito anteriormente hegemônico foi cada vez mais questionado e substituído pela acepção neoconstitucionalista, tanto por conta das críticas profundas que ganharam reconhecimento teórico, quanto por conta das respostas que o neoconstitucionalismo foi capaz de fornecer em relação aos direitos fundamentais e à sua aplicação por parte dos juízes. Também é inegável o relevante papel que o neoconstitucionalismo teve na cultura jurídica recente em colocar a figura dos direitos fundamentais ao centro da ciência jurídica.

Entretanto, o papel crítico que o neoconstitucionalismo teve em relação à cultura jurídica hegemônica formalista, acrítica e cética quanto às possibilidades transformadoras e ao

papel central dos direitos fundamentais não se materializou em uma abordagem crítica das instituições dos estados constitucionais que vieram a partir do constitucionalismo do segundo pós-Guerra, em especial, do judiciário. Além, o questionamento do aspecto central da aceção juspositivista da separação entre direito e moral levou esta abordagem – colocada como pós-positivista, mas que também pode ser afirmada como jusnaturalista (FERRAJOLI, 2012, p. 21-22) – a interpretar estes direitos fundamentais e princípios positivados como um sinal da superação desta separação.

Por sua vez, a aceção garantista do estado constitucional, também chamada de constitucionalismo garantista, caminha em uma direção oposta. Interpreta o constitucionalismo rígido não como uma superação, mas um reforço do positivismo jurídico, ou um segundo momento constituinte do direito e da política moderna (FERRAJOLI, 2018, p. 66). A partir disto, o garantismo se constrói como um segundo positivismo jurídico, que inova não apenas enquanto um positivismo jurídico de análise crítica e substancial das normas e das instituições, mas também enquanto um constitucionalismo que agora é jurídico, que muda as relações entre a política e o direito.

Este complemento do positivismo jurídico se articula como um positivismo jurídico crítico que, em vez de centralizar a garantia dos direitos fundamentais na atividade jurisdicional e retirar da atividade jurisdicional aparentemente efetivadora dos direitos fundamentais a legitimidade dos estados constitucionais, interpreta os direitos fundamentais como um horizonte normativo que condiciona por inteiro a legitimidade do Estado, servindo como parâmetro para uma ciência jurídica crítica que avalia todos os espaços de atuação e discurso do Estado pela ótica da garantia dos direitos fundamentais (CADEMARTORI, 2007, p. 25).

Ao invés da centralidade da jurisdição, e da legitimação do Estado a partir de uma jurisdição que agora reconhece a normatividade dos direitos fundamentais, o garantismo apresenta uma aceção que reconhece o papel de toda a atividade do Estado na garantia de direitos fundamentais, que compreendem não apenas o papel da jurisdição na interpretação e aplicação desta normatividade, mas também a elaboração de garantias, o funcionamento das instituições de garantia, as políticas públicas que visam efetivar garantias primárias e os limites e vínculos que os direitos fundamentais impuseram à atividade política.

Esta complexidade exposta pelo garantismo, capaz de compreender a fenomenologia jurídica como uma sequência de atos de vários âmbitos da atuação do Estado, é uma alternativa à fenomenologia simplificada de efetividade do neoconstitucionalismo, que compreende apenas a efetividade – parcial e ponderada – da atividade jurisdicional e não

apresenta ferramentas ou prestigia teoricamente a atuação de outros atores jurídicos. Ferrajoli sugere o seguinte exemplo:

Por ejemplo, según la secuencia vertical, dada la norma constitucional [...] relativa al derecho al honor, se puede descender, a través del acto legislativo que es actuación de la misma, a las normas penales sobre la injuria y la calumnia que son efecto del acto legislativo, después a los delitos que son actuación o violación de tales normas, después a la responsabilidad penal que es efecto de tales delitos y, finalmente, a la aplicación de la sanción que es actuación de la responsabilidad penal. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 108).

Toda a complexidade atual, portanto, existente e não compreendida em uma acepção teórica que privilegia a jurisdição, evidencia o rigor científico da acepção garantista, o mesmo rigor que também oferece uma nova chave de divisão das funções do Estado que suplementa a tripartição e que permite, também, a observação da complexidade muito maior dos estados constitucionais contemporâneos. A divisão proposta por Ferrajoli (2007, p. 872) é a divisão entre funções de governo e funções de garantia, cada uma com uma base de legitimidade distinta.

As funções de governo são atuadas com discricionariedade dentro da esfera do decidível, e possuem, para tal, legitimidade representativa, o que inclui tanto uma vasta esfera da administração pública quanto também quase que a integralidade da atividade legiferante dos estados constitucionais. Por sua vez, as funções de garantia são vinculadas de forma absoluta pelo ordenamento jurídico, e legitimadas na medida de sua coerência com ele, enquanto mantenedores da esfera do indecidível (FERRAJOLI, 2007, p. 872-873).

Neste aspecto, a jurisdição se enquadra como uma função de garantia secundária, que atua sobre as garantias secundárias (jurisdicionais) positivadas e que são exigidas, justamente, diante do descumprimento das garantias primárias. A jurisdição, portanto, é um local de atuação excepcional do Estado, diante do fato de que a tarefa de garantir direitos fundamentais é eminentemente uma de efetividade das garantias primárias que devem ser elaboradas pelas funções de governo na forma de políticas públicas e de criação de instituições de garantia primária como escolas e hospitais, por exemplo.

Entretanto, isto tudo não dispensa a preocupação do constitucionalismo garantista com a jurisdição e o seu papel relevantíssimo num estado constitucional, onde a questão da discricionariedade judicial, todavia, não tem a mesma posição que possui tanto no primeiro positivismo jurídico quanto no neoconstitucionalismo.

#### **4.1 Uma teoria garantista da jurisdição**

Se, de um lado, a teoria neoconstitucionalista confunde a descrição da atividade jurisdicional com a prescrição de como ela deve ocorrer, no garantismo é possível trabalhar a jurisdição a partir de dois ângulos distintos: o da descrição de suas atividades, compreendendo as práticas empregadas pelos juízes e as consequências delas e o ângulo prescritivo crítico, que permite a formulação de observações teóricas sobre estas práticas e sobre as práticas que poderiam trazer significativa redução das margens de ilegitimidade presentes em toda atividade jurídica, inclusive a jurisdicional.

No ângulo descritivo, o garantismo compreende a jurisdição como uma função de garantia secundária, que atua sobre garantias secundárias e que possui uma fonte de legitimidade não-representativa, colocada a partir da questão da coerência dos atos pelos quais são exercidos (como as sentenças) com as normas jurídicas positivadas (FERRAJOLI, 2007, p. 873). A partir disto, prescreve como ilegítima a atuação judicial que adentra os espaços da discricionariedade democrática, já que a legitimidade representativa necessária para a elaboração de políticas públicas é, nos estados constitucionais, designada às funções de governo.

De tal sorte, retomando o ângulo teórico crítico e prescritivo, o garantismo afirma à jurisdição a necessidade de uma postura cognoscitiva em relação às normas. Ferrajoli (2014, p. 225) coloca a jurisdição como uma relação entre saber e poder: quanto maior o saber (cognição), menor o poder (arbítrio) da atividade jurisdicional, e menor a ilegitimidade presente no seu exercício. Ilegitimidade que é especialmente presente, portanto, quando se assumem parâmetros externos – como as concepções pessoais de justiça do julgador ou as leituras pessoais do julgador sobre a moralidade política e a história institucional de uma comunidade política – como fontes para a atividade jurisdicional.

Entretanto, a concepção garantista da jurisdição, em sua dúplici estrutura, gera também uma teoria dúplici da discricionariedade judicial. Do lado descritivo, é inescapável a observação de que a discricionariedade é uma prática corrente na jurisdição diante tanto dos espaços da linguagem jurídica quanto também das margens de ponderação que são próprias da interpretação jurídica – como a ponderação das circunstâncias fáticas, do conjunto probatório, etc. De tal sorte, descritivamente, o garantismo não se distancia de forma tão definitiva da tradição juspositivista de observar a discricionariedade como uma fatalidade inescapável.

A distância relevante, entretanto, é a separação entre descrição e prescrição: as bases normativas que afirmam o garantismo como um juspositivismo não apenas descritivo, mas eminentemente crítico permitem que esta observação não seja uma celebração ou, até mesmo,

um álibi teórico diante dos *hard cases*. Pelo contrário: não apenas o garantismo articula uma crítica radical à ideia de discricionariedade judicial em seu plano teórico, como também é esta uma das razões de sua crítica ao neoconstitucionalismo:

El modelo principialista de la ponderación [...], a la vez que rebaja el rigor de la normatividad constitucional, atribuye a la jurisdicción una impropia discrecionalidad, comprometiendo su sujeción a la ley y con ella el fundamento de su independencia. A su vez, como dije en el § 3.9, el activismo judicial promovido por tal modelo corre el riesgo de traducirse en una doble lesión del paradigma del estado de derecho: de un lado en la alteración de la jerarquía de las fuentes, debido a que la ponderación acaba de hecho por resolverse en la elección de los principios constitucionales considerados en cada caso “de mayor peso” que otros; del otro, en la violación de la separación de poderes, a causa del indebido papel creativo de derecho asumido de hecho por la función judicial. (FERRAJOLI, 2014, p. 223).

Também, um elemento relevante da interpretação que o garantismo faz do constitucionalismo rígido é de importância sumária para a teoria garantista da discricionariedade jurisdicional: a de que direitos fundamentais não possuem uma estrutura normativa diferente das normas, bem como os princípios constitucionais estabelecidos não introduzem, necessariamente, uma novidade para a interpretação dos juízes, diante da atividade interpretativa tradicional que sempre esteve diante de uma vasta diversidade de normas cuja aplicação depende de um trabalho interpretativo diverso do da mera subsunção de normas, como na valoração de provas, na avaliação da proporcionalidade da pena, na interpretação de princípios processuais, etc. (FERRAJOLI, 2012, p. 50).

O lado prescritivo, por sua vez, da teoria garantista da discricionariedade judicial é composto, essencialmente, por três eixos. O primeiro deles trata a discricionariedade resultante das imprecisões da linguagem legal, afirmando que a solução passa por uma ciência da legislação que torne a linguagem jurídica mais precisa e rigorosa, o que é necessário tanto na legislação infraconstitucional quanto também na legalidade constitucional, já que, em ambas, trata-se de uma linguagem comum (FERRAJOLI, 2012, p. 54). Como diz FERRAJOLI (2014, p. 225):

[...] solo hay un modo de limitar el arbitrio judicial y de hacer efectiva la sujeción de los jueces a la voluntad del legislador: que los legisladores, de cualquier nivel, sepan desempeñar su oficio, sometiendo a los jueces a la estricta legalidad a través de la formulación, tan unívoca y precisa como sea posible, de las normas que están llamados a aplicar.

O segundo trata a discricionariedade resultante não das imprecisões linguísticas, mas dos espaços da atividade jurisdicional que não podem ser facilmente vinculados por regras

mais precisas ou taxativas, como a valoração das provas e circunstâncias, a interpretação de princípios de disciplinas jurídicas específicas como o melhor interesse da criança no direito de família. Aqui, o constitucionalismo garantista afirma a necessidade de uma teoria da argumentação ou da ponderação, afirmando que nestes espaços uma aceção como a desenvolvida por autores neoconstitucionalistas como Alexy e Atienza de controle racional dos espaços argumentativos contribuiria para uma redução do arbítrio (FERRAJOLI, 2012, p. 46-47).

O terceiro aspecto trata da dimensão ética, ou, dos espaços de discricionariedade judicial que são provenientes da relação ética entre quem julga e a atividade jurisdicional em si. Aquilo que Ferrajoli (2014, p. 225) chama de deontologia judicial inclui:

[...] la conciencia del carácter siempre imperfecto y relativo de la verdad procesal, probabilista en materia de hechos y opinable en derecho, y por eso de un irreductible margen de ilegitimidad de ese poder “terrible” y “odioso”, como lo llamaron Montesquieu y Condorcet, que es el poder judicial; el consiguiente hábito de la duda, el rechazo de toda arrogancia cognoscitiva, la prudencia del juicio —de aquí el bello nombre de «jurisprudencia»— como estilo moral e intelectual de la práctica jurídica; la disposición, tanto de los jueces como de los fiscales, a escuchar todas las razones que se les opondan, según el modelo de proceso que Beccaria llamó “informativo”, en oposición al que en cambio denominó “ofensivo”, en el que “el juez se convierte en enemigo del reo” y “no indaga la verdad del hecho sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas”; el respeto de las partes en la causa, incluidos los imputados, cualesquiera que sean, y la capacidad de los jueces de obtener no el consenso, sino la confianza en su imparcialidad, en su capacidad de juicio y en su papel de garantes de los derechos: el rechazo de todo activismo y protagonismo judicial y, obviamente, de cualquier uso instrumental del propio rol con fines extrajudiciales. (FERRAJOLI, 2014, p. 226).

Com estes três principais eixos prescritivos, a aceção teórica da discricionariedade segue o molde de uma teoria que visa fornecer ferramentas para uma investigação crítica, denunciadora do direito ilegítimo na figura da atuação do Estado incoerente com a garantia de direitos fundamentais. Ao mesmo passo que representa uma observação empírica dos espaços em que a discricionariedade dos juízes se apresenta como prática corrente, permite a denúncia das atuações como ilegítimas e afirma os caminhos para a redução destes espaços que, como em todas as demais margens de ilegitimidade do Estado, reclamam não apenas uma ciência jurídica vigorosamente crítica, mas um engajamento social e político para um caminho juridicamente apontado na positivação das rígidas constituições do segundo pós-Guerra (CADEMARTORI, 2007, p. 237).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A discricionariedade jurisdicional reivindica um lugar relevante na teoria jurídica e constitucional diante dos especiais desafios e possíveis contradições que representa para a modernidade jurídica. Por um lado, a teoria jurídica moderna possui um vínculo com o princípio da legalidade e seu corolário, a separação entre direito e moral que exige um modelo de jurisdição que seja cognoscitivo, favorecendo a interpretação e aplicação das normas sobre a criação e a discricionariedade dos juízes.

Por outro, a teoria constitucional que vê na via jurídica a possibilidade de avanço do seu projeto histórico de limitação e vinculação do poder é colocada diante de uma escolha: (1) a via do protagonismo judicial, que flerta com a discricionariedade e trabalha a partir de sua internalização, representada pelo neoconstitucionalismo ou (2) a via da crítica à discricionariedade como um espaço de invasão ilegítima da esfera do decidível, área típica às funções de governo exercidas por representantes democraticamente eleitos dentro do escopo não apenas procedimental, mas também das obrigações substanciais impostas à política pelos direitos fundamentais.

De um lado, o neoconstitucionalismo suplanta a abordagem do primeiro positivismo jurídico que utiliza a discricionariedade como uma saída teórica para a impossibilidade de eliminação total dos espaços de imprecisão das normas ou de lacunas do direito positivo com propostas de sua superação ao retomar um conceito de direito ligado à moral. Ao passo em que as grandes saídas teóricas neoconstitucionalistas já se mostram insuficientes e problemáticas, um simples recuo à aceção descritiva e fatalista de discricionariedade também não fornece respostas satisfatórias para o cenário jurídico contemporâneo.

A saída garantista, entretanto, apresenta não apenas um diagnóstico mais preciso e robusto do cenário, compreendendo os múltiplos âmbitos que possibilitam e ampliam as áreas de atuação da jurisdição, mas também apontando caminhos para uma redução e racionalização da atuação judicial, preservando uma concepção cognoscitiva de jurisdição que se coloca vinculada e limitada pelos direitos fundamentais, no interesse da garantia destes direitos e também como mantenedora dos espaços discricionários em seu local próprio: a atividade política democrática.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma Abordagem Garantista. 2. ed. rev. e ampl. Campinas: Millenium, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Trad. De P.A. Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995. 991 p.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. 1. eded. Bari: Laterza, 2007.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L., STRECK, L. L. e TRINDADE, A. K. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

\_\_\_\_\_. **Democracia través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: una conversación. Madrid: Trotta, 2012.

HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review, Cambridge**, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.

OLNEY, Charles. The Differend of Justice: Violence and Redemption in Dworkin's Justice for Hedgehogs. **Journal of the American Philosophical Association**, Cambridge, v. 5, n. 2, p. 158-173, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-the-american-philosophicalassociation/article/differend-of-justice-violence-and-redemption-in-dworkins-justice-forhedgehogs/689D9191D03EB18C854AE5D724683B1A>>. Acesso em: 13 abr. 2022.