

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

FERNANDO DE BRITO ALVES

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

ISAAC COSTA REIS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-419-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia.

XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr. Fernando de Brito Alves, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Dr.^a Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília- UnB.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares e pela problematização dos coordenadores, no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados .

O primeiro grupo de trabalhos tratou de temáticas ligadas a igualdade, diferença e desigualdade, indo de questões como o acesso à terra e cotas raciais, até a discussão sobre o conceito de sujeito na modernidade e na pós-modernidade. No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das teorias e processos decisórios no Direito: ponderação de princípios, discricionariedade, ônus da prova, eficiência e argumentação estiveram entre os temas destacados. O terceiro bloco teve como foco as teorias da justiça e suas exigências nos processos decisórios, tanto judiciais quanto em matéria de políticas públicas. Um quarto bloco de pesquisas priorizou a abordagem de questões teóricas ligadas a aspectos linguísticos, argumentativos e justificativos do Direito enquanto prática decisional, ao passo que o último grupo de trabalhos buscou a aplicação das teorias na análise de discursos e decisões acerca de questões como união homoafetiva, direito à saúde e trabalho escravo.

Como conclusão, o grupo afirmou a tendência da área de Filosofia do Direito (e suas subdivisões) de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos

efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de suas condições reais de produção e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um paradigma de pesquisa no qual os autores e teorias mainstream sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate, o que seguramente contribuirá para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof.^a Dr.^a Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes

Prof. Dr. Isaac Reis - Universidade de Brasília (UnB)

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THE JUDICIAL DISCRETION AND THE PONDERATION OF PRINCIPLES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Leonardo Chaves de Carvalho ¹

Elaine Dupas ²

Resumo

O artigo discute o poder discricionário judicial e a ponderação de princípios, método frequentemente utilizado pelos julgadores ao usar sua discricionariedade. O primeiro item expõe a tripartição dos poderes e o sistema de freios e contrapesos na ordem constitucional brasileira, abordando-se a questão das funções típicas e atípicas dos Poderes da União. Após, são apresentadas as principais ideias de Kelsen, Hart e Dworkin sobre a discricionariedade judicial nos casos difíceis. Por fim, discute-se sobre a ponderação de princípios relacionando-a com o poder discricionário judicial na busca da solução de um caso difícil. A pesquisa é bibliográfica, sob o método dedutivo.

Palavras-chave: Poder discricionário, Ponderação de princípios, Tripartição de poderes, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses the judicial discretionary power and the ponderation of principles, method used by judges when asserting their discretion. The first item exposes the tripartition of powers and the system of checks and balances in the Brazilian constitutional order, addressing the question of the typical and atypical functions of the Powers of Union. Afterwards, the main ideas of Kelsen, Hart and Dworkin are presented about judicial discretion in difficult cases. Finally, discusses the ponderation of principles, relating it to the judicial discretion in the search for the solution of a difficult case. The research is bibliographic, under deductive method

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary power, Ponderation of principles, Tripartition of powers, Judicial power

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FADIR /UFMS). Bacharel em Direito pela UFMS. Servidor técnico-administrativo da UFMS/Câmpus de Paranaíba.

² Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD /Dourados. Professora Convocada no Curso de Direito da UEMS/Naviraí.

INTRODUÇÃO

A tripartição de poderes é um importante instrumento de manutenção do Estado Democrático de Direito no Brasil, uma vez que o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário permite a divisão das funções estatais e o controle mútuo de suas atuações. Como regra, tais Poderes exercem suas funções típicas, entretanto, há momentos que demandam o exercício de funções atípicas, ou seja, que são inerentes a outro poder.

Sob a perspectiva do Poder Judiciário, deve-se levar em conta a sua capacidade de julgar os conflitos sociais, havendo momentos que surgem casos que não são positivados pelo ordenamento jurídico vigente, o que faz surgir a necessidade do julgador se utilizar do seu poder discricionário e do exercício de funções atípicas. É neste momento que emergem as controvérsias jurídicas a respeito dos limites desta discricionariedade, pois o julgador pode criar direito ou modificar uma regra utilizando-se da discricionariedade e ponderação dos princípios.

Este artigo visa discutir a discricionariedade judicial e a ponderação de princípios, método frequentemente utilizado pelos julgadores ao fazer valer o seu poder discricionário. Para tanto, no primeiro item faz-se uma exposição sobre a tripartição dos poderes no sistema constitucional brasileiro, abordando-se a questão das funções típicas e atípicas dos Poderes da União, dando especial destaque ao Poder Judiciário.

Na segunda parte do trabalho são apresentadas as principais ideias de discricionariedade judicial sob a ótica de Hans Kelsen, Herbert Hart e Ronald Dworkin nos casos difíceis, ou seja, aqueles conflitos não previstos na legislação. As diferenças de regras e princípios de acordo com os ensinamentos de Dworkin também são expostas ao final desta parte.

Por fim, é discutido a respeito da ponderação de princípios, artifício jurídico comumente buscado pelos julgadores no momento do exercício do seu poder discricionário para solucionar um caso difícil.

A pesquisa é bibliográfica, feita sob o método dedutivo, já que se analisam obras da Teoria do Direito, nas quais constam os ensinamentos de autores renomados sobre o tema.

1. Executivo, Legislativo e Judiciário: a tripartição de poderes no sistema jurídico brasileiro

Após vinte e um anos de Ditadura Militar, é no fim de 1985 que se inicia o processo de redemocratização brasileiro, o qual se consagra com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF). Neste momento, o Estado Democrático de Direito passa a vigorar formalmente no Brasil.

Surge uma nova perspectiva jurídica baseada na garantia de direitos fundamentais e na proteção da dignidade humana. A luta pela democracia e a temeridade da volta de governos ditatoriais, ou de se repetirem as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, fizeram com que o ser humano passasse a ser o fundamento de todo o sistema normativo constitucional brasileiro. Além disso, a nova constituição inseriu o Brasil na ordem internacional de proteção dos direitos humanos.

Sobre a Constituição de 1988 e a relação com os direitos humanos, Flávia Piovesan (2012, p.50) enfatiza que a nova Carta constitucional seria o “marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do País, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional”.

Devido às temeridades do passado, o constituinte nacional optou por uma constituição de extensão analítica, ou seja, possui um conteúdo extenso, contemplando assuntos que poderiam ser tratados por normas infraconstitucionais, indo além das matérias inerentes ao constitucionalismo clássico, como por exemplo, a organização político-administrativa do Estado e os direitos e garantias fundamentais.

É nesse contexto de respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que o texto constitucional aborda a repartição do poder da União em Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma independente e harmônica (art. 2º da Constituição). No entanto, esta repartição se trata das funções a serem desempenhadas pelo Estado, e não do poder em si, uma vez que ele “emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (parágrafo único, art. 1º da CF), nos termos da Magna Carta.

A tripartição dos poderes adotada pelo Texto de 1988 advém dos ideais apresentados por Montesquieu em sua obra “O Espírito das leis”, de 1748:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168)

Esta tripartição fica evidente no Título IV da Constituição brasileira, ao estabelecer a organização dos poderes, estruturando as funções estatais correspondentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em síntese, o Poder Legislativo possui a função de legislar, criando as leis do Estado; o Poder Executivo possui funções de estado e governo, sendo o responsável por administrar o Estado e executar as leis; já o Poder Judiciário tem a função de julgar os conflitos que forem levados à sua apreciação, aplicando as leis nos casos concretos.

Apesar de serem estabelecidas as funções típicas de cada um dos poderes, estes ainda exercem as chamadas “funções atípicas”, ou seja, cada Poder, além de desempenhar suas funções próprias, em determinadas situações podem desempenhar funções que seriam dos outros poderes. Isto ocorre porque no Brasil a teoria da separação dos poderes foi adotada de modo abrandado.

Mesmo abrandada, a separação dos poderes é importante no sentido de impor limites ao exercício do poder estatal, como demonstrou Montesquieu. A independência e harmonia dos poderes da União não significam que o texto constitucional proíba a interferência entre as diversas funções do Estado. O jurista José Afonso da Silva (2001, p. 114) explica:

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Este sistema de freios e contrapesos mantém o equilíbrio do exercício do poder, já que possibilita o controle mútuo entre os diferentes órgãos que desempenham as funções estatais, evitando o abuso do poder. A Carta constitucional brasileira classifica este sistema de freios e contrapesos, representado pela tripartição dos poderes, como cláusula pétrea, ao estabelecer no inciso III, do § 4º, do art. 60, que a separação dos poderes não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-la.

As relações sociais levadas ao âmbito jurídico nacional possuem complexidades cada vez maiores, o que acaba gerando questionamentos quanto aos limites deste sistema no Brasil, principalmente quando um dos Poderes não exerce a sua função típica. A omissão dos órgãos estatais em determinadas situações tem exigido uma atuação mais ativa dos Poderes no controle mútuo do desempenho do exercício do poder estatal.

A maior parte destas indagações refere-se ao Poder Judiciário, devido à sua função de julgar os casos concretos de conflitos de interesses advindos da sociedade, os quais são levados ao seu conhecimento e demandam, obrigatoriamente, uma solução, conforme descreve o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da CF).

Grande parte destes conflitos envolve questões relacionadas à atuação (ou falta dela) dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo estas, direta ou indiretamente, relacionadas à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Neste cenário, o Poder Judiciário se vê instado a se posicionar sobre a omissão ou o desrespeito dos outros Poderes quanto a atuarem de forma a garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição. O Judiciário tenta buscar soluções que não acarretem o desequilíbrio do sistema da repartição dos Poderes.

Assim, o desafio do sistema jurídico brasileiro é delinear limites constitucionais na atuação dos Poderes ao exercerem suas funções, principalmente aquelas que não são típicas de suas competências. Mesmo havendo situações de interferências entre os Poderes, o sistema de freios e contrapesos ainda é levado em conta pelos detentores do poder estatal, o que induz a crer que no Brasil há um sistema jurídico que visa o respeito às normas e a manutenção do regime democrático, o qual fora restabelecido após anos de repressão ditatorial.

2. A discricionariedade judicial sob a ótica de Kelsen, Hart e Dworkin

Mesmo estando baseado na legalidade e na divisão das funções estatais, o sistema jurídico pode se deparar com questões postas ao Poder Judiciário que levam a uma reflexão do papel deste poder na aplicação do direito. Além disso, alguns casos demandam respostas que não estão expressamente especificadas na legislação positiva, fazendo com que os julgadores se utilizem da discricionariedade. É neste momento do uso da discricionariedade que o Judiciário acaba exercendo funções atípicas.

Sobre a discricionariedade e a teoria positivista, Argemiro Cardoso Moreira Martins e Caroline Ferri (2006, p.268) fazem as seguintes considerações:

A teoria positivista vê a origem da discricionariedade na ausência de legislação aplicável. Havendo uma situação onde o direito aplicável não há, e como o poder judiciário tem o dever de responder a todas as questões a ele requeridas, cabe ao juiz, como agente estatal, proferir uma decisão. E é neste momento, quando se tem ausente um direito específico, e ao mesmo tempo o Direito deve conferir uma resposta ao apelo realizado, o juiz, investido de um poder específico de decisão, deve deliberar através de sua discricionariedade.

Desta maneira, passa-se a analisar a discricionariedade judicial sob a ótica dos ensinamentos de Hans Kelsen, Herbert Hart e Ronald Dworkin, traçando as principais idéias destes autores a respeito do tema.

Kelsen apresenta em sua obra “Teoria Pura do Direito” a concepção de uma discricionariedade limitada por uma moldura. Para ele, o juiz tem a liberdade de interpretar e aplicar o Direito a um caso concreto desde que obedeça a certos limites criados pelo próprio processo interpretativo da norma.

Sobre a “moldura”, escreve o autor:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 2003, p.390)

Destarte, há várias possibilidades de aplicação de um preceito normativo a um caso concreto, contudo, este leque de possibilidades deve se limitar a uma norma individual criada dentro da moldura da norma geral. Kelsen (2003, p.390) explica esta ideia:

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei represente – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (Grifos do autor)

As decisões judiciais, segundo Hans Kelsen, não possuem mero caráter declaratório, mas sim, um caráter constitutivo, uma vez que elas são “tão-só a continuação do processo de criação jurídica” (KELSEN, 2003, p.265).

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou jûris-“dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. (KELSEN, 2003, p. 264)

Desta feita, por entender ser admissível a discricionariedade dentro da moldura da norma geral, possibilitando a criação de normas individuais para determinados casos concretos, a teoria do direito de Kelsen não admite a existência de lacunas no sistema jurídico, pois a ordem jurídica vigente como um todo deve ser aplicada quando esta mesma ordem não possui uma norma geral que regule determinadas situações de modo positivo.

A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. (KELSEN, 2003, p.273)

Diferentemente da moldura kelsiana que limita o campo interpretativo da norma jurídica, Herbert Hart propõe uma maior liberdade interpretativa, deixando o julgador livre à utilização de sua discricionariedade quando lhe é entregue um caso no qual a legislação apresente textura aberta.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p.148)

Ao abordar a discricionariedade judicial, Hart sugere que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto, pois “em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer sentido é ditada pelo direito”. Diante destes casos, o juiz não deve se declarar

“privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo”, ele deve exercer o seu poder discricionário e “criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente” (HART, 2001, p.335).

Hart defende que o ordenamento jurídico é incapaz de normatizar todas as situações de conflitos de interesse em uma sociedade, as quais são levadas ao Poder Judiciário para serem solucionadas, por isso, o autor denomina tais situações como “casos difíceis”, o que leva a inferir que ele aquiesce com a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento (diferentemente do que é defendido por Kelsen).

Contudo, apesar de ser favorável à discricionariedade judicial, Hart é cauteloso com sua “liberdade discricionária” ao registrar que este poder discricionário dos julgadores é diferente do poder destinado aos legisladores para a criação de normas, devendo ser exercida de forma cautelosa e sempre justificada pelas circunstâncias do caso concreto, para que não seja classificada como uma solução arbitrária.

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. (HART, 2001, p. 336) (Grifos originais)

Como se depreende, as divergências sobre a discricionariedade judicial entre Kelsen e Hart não são consideravelmente discrepantes no âmbito da teoria geral do Direito, uma vez que cada autor abordou distintamente o assunto. Entretanto, o debate é afluído quando se compara Hart e Ronald Dworkin quanto à temática dos casos não regulamentados pelo ordenamento jurídico (os casos difíceis), postos à apreciação do Poder Judiciário sob a possibilidade dos juízes utilizarem sua discricionariedade.

Dworkin discorda da liberdade discricionária atribuída aos juízes por Hart, pois para ele “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). Portanto, de acordo com a teoria de Dworkin, não há incompletude ou indeterminação no Direito, o juiz deverá estruturar suas decisões em princípios extraídos de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico vigente.

Em sua obra “Levando os direitos a sério”, o jurista americano defende que a decisão judicial deve ser a menos original possível, sustentando sua argumentação sob a perspectiva da democracia, apresentando duas objeções à originalidade judicial:

De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. (DWORKIN, 2002, p. 132).

Deste modo, a teoria de Dworkin não admite lacunas no Direito, pois o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, assim, caso a situação fática concreta não seja regulamentada de forma explícita por nenhuma regra ou princípio do ordenamento, esta deve ser solucionada pela aplicação dos princípios que compõem o sistema jurídico de forma implícita. Não haveria uma discricionariedade capaz de autorizar o juiz a criar direitos nos casos difíceis a partir de suas convicções e valores, conforme descrito na teoria de Hart.

Assim sendo, passa-se a analisar as diferenças entre regras e princípios que Dworkin estabelece em sua obra quando escreve sobre a discricionariedade judicial. Ao registrar que nos casos difíceis os juristas recorrem a padrões que não operam como regras, mas como princípios, políticas e outros tipos padrões, Dworkin diferencia política de princípio:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Após estas considerações, para o jurista americano a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, além de se distinguirem quanto à natureza da orientação que oferecem. Diferentemente dos princípios que possuem uma abertura interpretativa mais abrangente, as regras são aplicadas do modo tudo ou nada.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do

tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39)

Dworkin acrescenta, ainda, que os princípios possuem a dimensão de peso e importância, ou seja, quando o julgador tem alguns postulados possíveis para solucionar um caso, este deve levar em conta a força relativa de cada um, escolhendo aquele ou aqueles que auxiliem na melhor solução do conflito. Esta escolha principiológica pode ser feita de forma harmoniosa entre os preceitos existentes. Já as regras não possuem esta dimensão, elas seriam funcionalmente importantes ou desimportantes, portanto, quando há conflito de regras, uma delas não pode ser válida, devendo ser abandonada ou reformulada. Sobre o conflito de regras, diz o jurista:

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2002, p. 43)

Como observado, os princípios levam a decisão para uma direção em particular, porém, este direcionamento não é conclusivo. Já as regras, ditam resultados e quando há um resultado contrário, a regra é deixada de lado ou modificada. Os princípios permanecem intactos quando não prevalecem, diversamente das regras.

Referindo-se aos positivistas, Dworkin coloca que as regras criadas em um sistema jurídico podem ser interpretadas e reinterpretadas por várias vezes, mesmo quando estas interpretações gerem uma execução fora do que o legislador havia intencionado ao criá-las. Por conseguinte, os positivistas argumentariam a existência de padrões obrigatórios, os quais os juízes devem seguir para saber quando podem ou não, revogar ou mudar uma regra.

Dworkin (2002, p. 59) questiona, “quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor?”. Ao responder ao seu questionamento, o filósofo do Direito alerta que os princípios aparecem na resposta de duas maneiras diferentes:

Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação.

[...]

Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. (DWORKIN, 2002, p. 59-60)

Entretanto, Dworkin alerta que para realizar estas mudanças nas regras, não pode ser invocado qualquer princípio, mas sim aqueles que realmente justificariam e fundamentariam corretamente tal modificação, caso contrário, nenhuma regra permaneceria intacta.

Conforme exposto até o momento, as divergências sobre a discricionariedade judicial ainda são recorrentes na seara jurídica, não havendo um consenso na teoria do Direito a respeito de sua utilização pelo juiz. O que existe é certa margem de liberdade do julgador no momento de construção de sua convicção logo antes de emitir sua decisão, afinal, trata-se de atividade humana de caráter constitutivo, e não uma atividade mecânica padronizada.

No que se refere aos casos que não possuem regulamentação expressa no ordenamento jurídico vigente, os chamados casos difíceis, verifica-se que a grande questão envolvendo a discricionariedade judicial diz respeito ao limite deste poder, ou seja, qual é a margem limítrofe (se é que existe) da atuação discricionária do juiz em criar direito ou modificar uma regra para se chegar a uma solução destes conflitos não regulamentados legalmente levados ao Poder Judiciário.

As respostas às indagações sobre o poder discricionário judicial ainda estão longe de estabelecer um consenso teórico, uma vez que o próprio ordenamento jurídico não possui mecanismos coerentes para solucionar os casos difíceis, principalmente em ordenamentos como o brasileiro, no qual a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos são seus marcos constitucionais.

No próximo item, será feita a análise da ponderação de princípios, a qual é largamente utilizada quando o julgador se utiliza de seu poder discricionário ao decidir um caso difícil.

3. A ponderação de princípios e a discricionariedade judicial

Para dar mais estabilidade e, ao mesmo tempo, flexibilidade aos textos normativos, principalmente o texto constitucional, o legislador inseriu disposições dotadas de caráter amplo e genérico, que possibilitam um grande número de interpretações e visam abarcar todas as hipóteses fáticas possíveis que, se fossem enumeradas individualmente, tornariam o processo legislativo mais trabalhoso, para não falar da impossibilidade de se dispor sobre todas elas.

Estas normas genéricas possuem suas bases em princípios, os quais são abraçados pelo sistema jurídico como forma de justificar a utilização dessas cláusulas de caráter amplo ou servir como fundamentos de decisões de conflitos não positivados. Os princípios podem constar na legislação de forma explícita ou implícita.

Robert Alexy ao realizar a distinção de regras e princípios, caracteriza as primeiras como “mandamentos definitivos” e os últimos como “mandamentos de otimização”, concluindo que a ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.

A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “*mandamentos definitivos*”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são *mandamentos de otimização*. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (ALEXY, 2011, p.85)

Conforme pode ser inferido pelo excerto acima, bem como com a leitura deste trabalho até o presente momento, quando o julgador é legalmente provocado a decidir um caso não positivado no ordenamento jurídico (um caso difícil), geralmente, recorre aos princípios para fundamentar a sua decisão, fazendo valer o seu poder discricionário.

Quando se tem dois ou mais princípios que podem ser utilizados como causa justificativa de determinada decisão de um caso difícil, o juiz deve realizar a ponderação destes preceitos, fundamentando de forma que eles o auxiliem na melhor solução do conflito, afinal, como já exposto anteriormente nos ensinamentos de Dworkin, os princípios possuem a dimensão de peso e importância, tendo cada um sua força relativa; diferentemente das regras que são aplicadas do modo “tudo ou nada”.

Todavia, esta dimensão de peso e importância pode ser de difícil aferição por parte do julgador. Ao se deparar com conflito de princípios difícil de ser solucionado pela hermenêutica tradicional, a ponderação surge como artifício jurídico para resolver o conflito

de valores que muitas vezes se igualam na importância e na hierarquia quando aplicados ao caso concreto.

Humberto Ávila (2012, p.164-165) explica como a ponderação funciona:

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses.

Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quando a ponderação de princípios diz respeito a direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli em seu artigo “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista” ensina que:

[...] Hay después un segundo aspecto de esta concepción del constitucionalismo: la consideración de gran parte de las normas constitucionales – comenzando por los derechos fundamentales – no como reglas susceptibles de observancia o de inobservancia, sino, más bien, como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo.

[...]

Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción [...]. (FERRAJOLI, 2011, p.22-23)

Posto isso, a ponderação deve ser utilizada quando o caso concreto admita que sejam aplicados vários princípios, conjugando-os de maneira que se entrelacem harmoniosamente e solucionem o conflito social, sem que haja a subsunção de qualquer um deles em detrimento do outro.

Sobre conjugação dos princípios quando o julgador se vale da ponderação em sua decisão, Luis Roberto Barroso (2004, p.357) diz:

A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse e, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da Ponderação.

Os princípios constitucionais são utilizados em larga escala pelo julgador ao empregar a ponderação em seu poder discricionário, afinal, o sistema de direitos e garantias integrado ao texto constitucional é dinâmico e se amolda à realidade social na qual está inserido por intermédio da hermenêutica jurídica. A carta constitucional assume papel de grande importância dentro do Estado de Direito, por conta disso, suas raízes se estendem por todo o ordenamento, revelando o traço integrador decorrente da própria unidade do Direito.

Marcelo Campos Galuppo, ao escrever sobre a concepção dos princípios jurídicos referente à Constituição, cita Joaquim Arce y Flórez-Valdés:

[...] “não pode desvincular-se de uma referência à Constituição. Porque a Constituição, por ser a Norma jurídica suprema da organização jurídica de uma Nação, não só encerra os princípios gerais do ordenamento e reflete a filosofia da vida jurídica – no dizer de Perlingieri –, senão que, ademais, enquanto ‘síntese das aspirações de um povo’ – na expressão de Battle –, é lógico que de alguma maneira consagre os princípios básicos de sua organização”. (ARCE Y FLOREZ-VALDÉS *apud* GALUPPO, 1999, p.205)

Sobre a hierarquização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito, continua o autor:

No plano da justificação, a Constituição desempenha um papel especial quanto aos princípios no Estado Democrático de Direito. Apesar de não poder ser concebida como o único repositório dos mesmos, é tarefa sua, por excelência, indicar (e preservar) aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por meio do representante constituinte sensível à sociedade. A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista. (GALUPPO, 1999, p.205)

Diante deste impasse da concorrência de princípios constitucionais e a impossibilidade de se criar uma hierarquia, Galuppo responde a indagação de como solucionar a tensão entre princípios expressos constitucionalmente da seguinte forma:

No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses gerados nos discursos de aplicação sem abriremos mão, na medida possível, do maior número possível de princípios. Só assim uma sociedade pluralista terá sua auto-identidade (também pluralista) preservada. Mas também não devemos excluir a possibilidade de ocorrência de situações em que isso seja impossível. Em ambos os casos, o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre os princípios (sobretudo os princípios constitucionais) é aquele que envolve a racionalidade discursiva (ou seja, que avalia por meio de *razões* a correção normativa envolvida por esses princípios para o caso concreto), que não é neutra a argumentações práticas (Habermas, 1994:549). Sendo possível ou não a aplicação do maior número de princípios constitucionais, o que se deve sempre buscar em tais procedimentos é a *imparcialidade* na fundamentação e aplicação de normas jurídicas (Habermas, 1994:563), ou, para retomarmos o conceito de Dworkin, *Integridade*. (GALUPPO, 1999, p.205) (Grifos originais)

Como anteriormente escrito, as regras solucionam um conflito por meio da subsunção, já os princípios a solução se dá pela ponderação. Diversamente da ideia aventurada até aqui, parte da doutrina considera não ser necessária a conjugação de princípios constitucionais quando há conflito entre estes postulados de mesma hierarquia. Para esta corrente, guiada por Robert Alexy, quando há conflitos de princípios, um deles deve prevalecer sobre o outro.

Sobre a colisão de princípios, Alexy (2008, p. 93) defende:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Quando a aplicabilidade de um princípio em um caso concreto é limitada por outro postulado, é necessário que seja estabelecida uma relação de “precedência condicionada” entre os dois princípios, ou seja, devem ser enumeradas as condições necessárias para que haja a aplicação de um preceito em detrimento do outro.

Assim sendo, a análise do peso dos princípios postos em sopesamento determina as condições que levam um princípio a preceder o outro. O peso dos princípios é assim determinado por Alexy (2008, p. 97):

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto.

Por fim, Cyro Roberto dos Santos Carlos e João Batista de França Silva citam a ponderação de princípios segundo os ensinamentos de Humberto Ávila, a qual se estrutura em três etapas fundamentais:

[...] a primeira delas é a da preparação da ponderação. Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exhaustivamente possível”, e continua, [...] a segunda etapa é a da realização da ponderação, em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto do sopesamento. No caso dos princípios, esse deve indicar a relação de primazia entre um e outro, concluindo, “a terceira etapa é a da reconstrução da ponderação, mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso. (ÁVILA, Humberto *apud* CARLOS; SILVA, 2007, p. 371-372)

De acordo com tudo o que fora exposto, há corrente que defende a ponderação fundamentada na conjugação de princípios, fazendo um sopesamento de forma harmoniosa entre eles para a tomada da decisão; contudo há outra vertente que o peso e a importância devem ser levados em conta de modo que um princípio tenha precedência sobre o outro, sem uma conjugação propriamente dita.

Desta feita, ao fazer valer o seu poder discricionário, o julgador deverá analisar as circunstâncias e características do caso concreto sob seu julgamento, buscando, inicialmente, uma conjugação dos postulados, sem que haja a completa exclusão da incidência de um deles. No entanto, o juiz deve considerar a possibilidade de haver casos onde a harmonização dos princípios será de difícil alcance, podendo levar ao afastamento de um dos preceitos.

CONCLUSÃO

É fato que a discricionariedade judicial é utilizada pelo julgador ao estar diante de um caso difícil, ou seja, um conflito não positivado pelo ordenamento jurídico e, para se chegar a uma sentença para este caso difícil, o juiz pode, ainda, recorrer à ponderação de princípios durante o exercício do seu poder discricionário.

Devido à obrigatoriedade de dar solução aos conflitos levados ao seu conhecimento, o julgador recorre à aplicação dos princípios, mandamentos presentes no ordenamento jurídico que, diversamente das regras, não são utilizados da maneira do “tudo ou nada”, podendo fundamentar sua decisão conjugando vários postulados ou escolhendo aquele que melhor atender o caso concreto. Esta escolha dependerá de qual corrente da ponderação de

princípios o magistrado seguir, o que mais uma vez será decidido por meio de sua discricionariedade.

A divergência na teoria do Direito se encontra no limite deste poder discricionário concedido ao juiz. Entende-se que é correto que o magistrado interprete o Direito de modo a solucionar o conflito social de acordo com o ordenamento legal e, principalmente, conforme as diretrizes constitucionais, no entanto, deve-se ter a cautela de não ultrapassar os limites razoáveis do exercício de suas funções atípicas, afrontando a tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos. O juiz não é legislador e nem executor. Isto deve estar sempre claro aos integrantes do Judiciário.

Injustiças não podem ser ignoradas pelo Poder Judiciário. Se há um caso sem previsão na legislação, cabe à autoridade judicial buscar fundamentos para decidi-lo e, na maioria das vezes, as normas e princípios de interpretações amplas e genéricas são os meios eleitos pelo magistrado. Todavia, mesmo que para se fazer justiça, interferências muito significativas de um poder em outro devem ser evitadas, como forma de se garantir a solidez da base de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 mai. 2016.

CARLOS, Cyro Roberto dos Santos; SILVA, João Batista de França. Ponderação Constitucional: a liberdade do órgão jurisdicional no estado democrático de direito. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró. V. 5, n. 1, p. 361-380. Mar 2007. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/156/166>. Acesso em 25 jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. DOXA, **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, 34, p. 15-53, 2011. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/32761>>. Acesso em 25 jun. 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. p. 191-210, 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em 24 jun. 2016.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. 3ª edição. Tradução portuguesa de A. RIBEIRO MENDES. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 2, p. 265-290, 2008. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/437/379>>. Acesso em 7 jun. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Apr. Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.