

# LEGITIMIDADE E RACIONALIDADE NAS AÇÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

## LEGITIMITY AND RATIONALITY IN LEGAL ACTIONS: AN ANALYSIS FROM LEGAL POST-POSITIVISM

**Gustavo Chaves Vilas Boas**<sup>1</sup>  
FDSM

**Rafael Lazzarotto Simioni**<sup>2</sup>  
FDSM

### RESUMO

Este artigo analisa o fenômeno do decisionismo judicial, entendido como um certo abandono da norma em detrimento da interpretação do julgador, compreendendo de que forma é possível a aceitação de um ativismo judicial saudável à harmonia entre os poderes e se há possibilidade de traçar critérios para garantir que este ativismo seja aplicado de maneira adequada e dentro de parâmetros definidos. Para tanto, essa investigação discute as diferenças entre a problemática do decisionismo no positivismo clássico, no neopositivismo do século XX e nas concepções contemporâneas de decisão jurídica (pós positivismos) para refletir sobre as possibilidades de se pensar em um ativismo judicial com racionalidade e legitimidade. Essa pesquisa é vinculada ao projeto de pesquisa Margens do Direito, liderado pelo professor Dr. Rafael Simioni, no âmbito do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Nesse estudo, cuidamos de apresentar o pensamento do Judiciário brasileiro, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, em casos que refletem uma posição mais ativista, comparando essa postura com os ensinamentos dos filósofos que se dedicaram ao estudo do fenômeno da decisão judicial, numa busca por critérios e métodos que poderiam traçar programas de atuação a preservar uma harmonia entre os poderes, contribuindo, ao final, pela evolução do pensamento jurídico atual.

**Palavras-chave:** ativismo; decisão judicial; positivismo jurídico; teorias da decisão e argumentação jurídica.

### ABSTRACT

This article aims to analyze the phenomenon of decisionism, understood as a certain abandonment of the norm to the detriment of the judge's interpretation.

It is also to understand how it is possible to accept a healthy judicial activism to the harmony between powers and if there is a possibility of outlining criteria to ensure that this activism is applied appropriately and within defined parameters. This research examines the differences between the problematic of decisionism in classical positivism, twentieth-century neo-positivism, and contemporary conceptions of legal decision (post-positivisms), in order to reflect the possibilities of thinking about judicial activism with rationality and legitimacy. This research is linked to the research project Margins of Law, conducted by Professor Rafael Simioni, within the scope of the Graduate Program in Law of the Faculty of Law of the South of Minas, area of concentration Constitutionalism and Democracy. In this study, we compare the thinking of the Brazilian Judiciary, especially the Federal Supreme Court, in cases that show a more activist position, with the teachings of philosophers who studied themselves to the study of the phenomenon of judicial decision, in a search for criteria and methods that could outline programs of action to preserve harmony between the powers, contributing, in the end, to the evolution of legal thought.

**Key words:** activism; judicial decision; legal positivism; theories of decision and legal argumentation.

1 Mestrando em direito na área de concentração em constitucionalismo e democracia, na Faculdade de Direito do Sul de Minas.

2 Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008), Mestre em Direito pela UCS (2005) e graduação em Direito pela UCS.



## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos aspectos mais importantes a serem estudados pelo direito é o procedimento de construção da decisão judicial, bem como os aspectos a serem observados pelo órgão julgador, o contexto em que é proferida, quais as razões que justificam sua prolação e, sobretudo, quais os referenciais teóricos e paradigmas filosóficos que sustentaram sua produção.

E nisto reside a importância deste estudo: o fato de estarmos, atualmente, vivendo um momento de expressivo protagonismo do Poder Judiciário, que tem se mostrado um poder cada vez mais dotado de liberdade de atuação, assumindo posturas ativistas nas mais diversas situações em que é instado a atuar, exercendo atividade criadora, atuando não raras vezes como legislador negativo e, ainda, chamando para si uma função representativa nunca antes vista, como se pode observar com certa frequência, por exemplo, na judicialização do direito à saúde (como quando se postula medicamentos ou tratamentos não disponibilizados pelo SUS e de alto valor).

Neste sentido, a presente pesquisa busca compreender a formação histórica do decisionismo judicial no positivismo jurídico, na sua concepção clássica até as teorias contemporâneas, e o pós-positivismo, com o consequente processo de atuação do juiz em todas essas fases, suas características, as principais mudanças e as consequências da passagem de uma fase estritamente objetiva, no positivismo clássico, para uma atuação regada de subjetivismo e insegurança jurídica, surgida no neopositivismo e que se estende até os dias atuais.

Para tanto, é necessária uma incursão no processo de confecção da decisão judicial para que seja possível compreender até onde o judiciário pode atuar de forma ativista, ou seja, em quais situações o *judicial review* seria uma medida salutar na análise do direito e, por sua vez, quando estaria extrapolando uma atuação legítima e válida.

Dentro desse raciocínio, o presente estudo traz exemplos de situações em que ficam evidenciadas atuações mais ativistas da Corte Constitucional e as justificativas que levaram seus integrantes a entender pela correção de suas atuações e também apresentando críticas a tais condutas dentro de um aspecto teórico que subsidie o processo de produção da decisão judicial.

Essa pesquisa é vinculada ao projeto de pesquisa Margens do Direito, liderado pelo professor Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, no âmbito do Programa de Pós-graduação em



Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, com área de concentração Constitucionalismo e Democracia, e utiliza uma metodologia analítica para explicitar as transformações na problemática dos critérios de legitimidade e racionalidade das decisões judiciais, com base na técnica de pesquisa bibliográfica, realizada mediante a seleção dos principais autores que se debruçaram sobre essa problemática nos séculos XX e XXI.

Nesse sentido, apresentamos as diferentes compreensões da problemática da decisão jurídica nas mais importantes concepções teóricas do século XX e século XXI, em especial a diferença entre o positivismo, o neopositivismo e o pós-positivismo, em Habermas, Alexy e Dworkin.

Assim, esperamos que esse estudo possa contribuir, ainda que de forma incipiente, para que o direito avance um pouco na legitimação da decisão judicial que, se compreendida de forma satisfatória pelos envolvidos e atingidos por ela, tem a força de conformar seus efeitos e consequências de forma legitimadora, dotando-a de validade e correção, como pretendem as teorias aqui abordadas.

## **2. A DINÂMICA DA DECISÃO JUDICIAL: DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO PÓS-POSITIVISMOS JURÍDICOS**

Até os anos 1960, vivíamos um problema de eficácia da legislação ou de efetividade na aplicação do direito. Atualmente, entretanto, vivemos um momento em que o Direito passa por uma crise de legitimidade, proveniente dos mais variados fatores, sejam políticos, sociais, culturais, econômicos ou quaisquer outros que, por fim, levam à falência das organizações públicas e, conseqüentemente, do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Para compreendermos de forma satisfatória todo esse delicado momento pelo qual atravessamos, é preciso que se compreenda a gênese dessa crise, o que a desencadeou, quando se acentuou e quais as suas eventuais consequências, para que, assim, se possa buscar meios de solução do dilema da eficácia do Direito.

O Brasil, assim como grande parte dos países ocidentais, foi fortemente influenciado pelo positivismo jurídico e, superados seus momentos incipientes, como aquele da Escola da Exegese, quando o juiz era tido como a “boca da lei”, com apego excessivo à lei escrita, chegamos ao “Círculo de Viena”, que apresentou dois momentos muito bem definidos e importantes para a história e desenvolvimento do Direito.



A primeira fase desse movimento ficou conhecida como Positivismo Lógico e se caracterizou pela superação do pensamento metafísico. Hans Kelsen, seu principal expoente, não negava a existência de valores como justiça e moral, e sua influência na seara jurídica. Contudo, entendia que eles não poderiam ser objeto de estudo do Direito, por serem estranhos ao seu campo de atuação.

Para Kelsen, o Direito precisa se valer de princípios próprios, daí a necessidade de pureza em sua teoria:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental<sup>3</sup>.

Posteriormente, já em um segundo momento do Círculo de Viena, Kelsen, influenciado por Wittgenstein, assumiu a virada linguística lógica, o que ocasionou uma profunda transformação na interpretação e aplicação do Direito.

Para Wittgenstein, o mundo é influenciado pela linguagem, sendo ela uma força criadora da própria realidade. Essa forma de pensar e de ver o mundo teve como principal contribuição a superação do pensamento metafísico clássico, através do esquema objeto-sujeito. Com a virada linguística lógica, o sujeito passou a “assujeitar” as coisas, ou seja, criar a realidade e, conseqüentemente, o Direito.

Kelsen, assim, influenciado por Wittgenstein e sua virada linguística lógica, passou a diferenciar, como objeto da ciência jurídica, a lei escrita da norma. Para ele, a norma é o que se obtém através de um exercício de interpretação do enunciado da lei, ou seja, interpretar é construir a norma jurídica. Pois bem, a partir desse momento passou-se a falar em “neopositivismo” jurídico ou pós-positivismo, em contraposição à ideia superada de positivismo clássico.

Nessa fase, Kelsen passou a compreender que o problema do Direito não é de lacuna, mas de interpretação. Para tanto, cunhou a ideia de moldura interpretativa como parâmetro a orientar o aplicador do Direito no processo de descobrimento da norma jurídica. Para ele, a interpretação é possível dentro de possibilidades lógico analítico-sintáticas

---

<sup>3</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.



permitidas pela lei escrita. Dessa forma, qualquer interpretação que possua relação de sentido entre significante e significado é legítima.

Na esteira desse raciocínio, traçou a ideia de interpretação autêntica e interpretação não autêntica, sendo que a primeira é a feita pelo órgão do Direito que o aplica e, a segunda, aquela feita não por um órgão jurídico, mas por pessoas privadas e também pela ciência jurídica<sup>4</sup>.

O problema que surge daí é o fato de que a interpretação autêntica, para o criador da Teoria Pura do Direito, vincula as demais pessoas como destinatárias da norma individual do caso concreto, produzida pelos órgãos encarregados da produção do Direito a partir de uma prescrição legal geral e abstrata. Essa vinculação, contudo, por vezes se dá através de um ato jurisdicional dotado de extrema discricionariedade, o que coloca em xeque a legitimação do Direito.

O que se observa nesse atual momento em que se encontra o Direito é que a discricionariedade que outrora fora a saída alcançada para promover o desenvolvimento da ciência jurídica, superando a ideia de existência de lacuna, agora se apresenta como ponto sensível que requer a atenção de todos que buscam compreender e, sobretudo, aplicar o Direito com correção, dotando-o de uma legitimação irradiante.

Hoje, a questão que nos chama a atenção é a da legitimidade das decisões judiciais, mais precisamente a busca por critérios de racionalidade e metodologia dos atos jurisdicionais. A ideia de moldura interpretativa de Kelsen, ou de textura aberta, como entendia Hart, já não satisfaz de forma eficiente como critério para tentar conter o decisionismo judicial.

A Filosofia do Direito e a Hermenêutica Jurídica, principalmente, não poupam esforços na busca de critérios metodológicos e racionais para traçar parâmetros seguros e legítimos a nortearem até onde é legítimo o Judiciário ser ativista, sem que uma eventual discricionariedade inerente à análise do mérito se transforme em arbitrariedade e arroubo de poder.

Contudo, essa não é uma tarefa simples, de forma alguma. Gize-se que, além da questão do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, normas abertas, à exata compreensão de princípios a enunciarem normas jurídicas soma-se também o fato de que a sociedade evoluiu e, com ela, os problemas e situações a demandarem uma proteção do

---

<sup>4</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.



Direito que, como é cediço, ao menos no plano formal, não consegue acompanhar a evolução dos tempos com a mesma velocidade.

Atualmente, verifica-se que ao Judiciário é levada à análise uma gama infindável de temas a requerer seu pronunciamento. Esses temas, por vezes, são questões políticas que foram judicializadas, outras, contudo, são temas afetos a grupos até então estigmatizados pela sociedade moderna e, ainda, casos há que são temáticas de vanguarda, tendo o Judiciário que decidir sobre aspectos sociais relevantes que, não obstante sua importância, não detém a expertise necessária para tanto no atual momento.

Contextualizando essa discussão, Bittar aponta, com o devido acerto:

Enormes desafios nascem do contexto histórico pós-moderno, considerado o interesse dos juristas. Se, na modernidade, igualdade e universalidade pareciam conceitos sólidos para a prática do Direito, diferença e pluralismo vêm qualificando e aprimorando o debate até então conhecido<sup>5</sup>.

Como se observa, muitos são os desafios a serem enfrentados pelo Direito e, ao se optar por um ou outro método de solução de problemas contingenciais, como a judicialização da política ou a apreciação de temas sensíveis à sociedade, o Judiciário precisa apresentar uma coesão argumentativa, fundada em paradigmas filosóficos correspondentes às escolhas feitas, a legitimarem o processo de argumentação e decisão jurídica. Contudo, em muitos casos não é isso que acontece, pois se observa a escolha de teorias jurídicas de argumentação e decisão totalmente apartadas de um resultado coerente quanto à produção da norma individual para o caso concreto.

Apresentados os fatos e suas implicações, passaremos a problematizar as principais discussões e desafios que nos são apresentados no trato do momento pelo qual passa o Direito na Pós-Modernidade, ou na Modernidade tardia, como alguns preferem.

### **3. O ESTADO ATUAL DO DIREITO NO BRASIL: EXISTEM LIMITES AO *JUDICIAL REVIEW*?**

Inúmeros são os exemplos de decisões jurídicas ativistas, nas quais há farto conteúdo inovador por parte do Judiciário. E isso se dá ao auspício de que se está diante

---

<sup>5</sup> Bittar, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2014.



dos chamados *hard cases*, ou seja, situações sem aparente solução na lei, que demandam da instância julgadora o preenchimento de uma suposta lacuna.

Contudo, o que antes era uma exceção tem se tornado regra quase que absoluta no Brasil, já que o Judiciário tem agido de forma ativista ainda quando não há espaço para tal, como se demonstrará neste tópico.

Em artigo publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, abordando o tema da “discricionariedade judicial e resposta correta”, deixa bem evidente o papel de protagonista dotado de superpoderes da Corte Constitucional, quando afirma:

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação<sup>6</sup>.

É imprescindível ressaltar que o ministro afirma que a interpretação jurídica, hoje, permite ao juiz o exercício de papel proativo para atribuir sentido a princípios abstratos, integrando o ordenamento jurídico com suas particulares valorações. Aqui reside o perigo.

Ao ressaltar que o juiz pode atribuir sentido a princípios abstratos, Barroso pretende justificar uma atuação que não encontra amparo em lugar algum, sobretudo no neopositivismo ou pós-positivismo, como pretendem alguns. Streck<sup>7</sup> faz importante análise desse subterfúgio utilizado pelo Judiciário:

No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro alibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome “princípio” para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão “*panprincipiologismo*” para designar esse fenômeno, que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios.

<sup>6</sup> Barroso, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, 2015, p. 33.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica Jurídica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 254.



A crítica de Streck é extremamente atual e válida. Nunca estivemos diante de tantas decisões judiciais que extrapolam o limite interpretativo sob a justificativa de estarem amparadas em princípios dos mais variados, tais como princípio da confiança, da segurança jurídica, da força da Constituição, além de tantos outros que são produzidos de forma indiscriminada pelo Judiciário para justificar condutas dotadas de excessiva discricionariedade.

O que se observa, contudo, é que a Corte Constitucional tem usado indiscriminadamente o conceito de “princípio”, sendo que aqui reside uma dificuldade crescente no trato da matéria, já que princípios e regras, espécies do gênero norma jurídica, apresentam carga axiológica distinta.

A importância de se compreender bem o sentido de direitos fundamentais e, conseqüentemente, princípios e regras constitucionais, a partir de um determinado referencial teórico, constitui o cerne de toda problemática que envolve a legitimidade das decisões judiciais quando se busca a aplicação de critérios seguros ou ao menos razoáveis para toda a comunidade jurídica.

Ilustrando o que aqui afirmamos, valemo-nos do seguinte trecho de autoria do Ministro Luís Roberto Barroso que, ao explicar a questão da discricionariedade judicial, afirma:

Discricionariedade, porém, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público. Nessa acepção, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”. Nesse sentido, inexistente discricionariedade judicial. O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato público, isto é, plenamente discricionário. A concepção não positivista, compreendida nesse estudo, afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de *correção moral*, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Barroso, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, 2015, p. 33.



Barroso fundamenta sua explanação em Robert Alexy, na obra “*Begriff und Geltung des Rechts*”, para explicar critérios de discricionariedade judicial. Contudo, no parágrafo seguinte, paradoxalmente, baseia-se em Ronald Dworkin para continuar sua fundamentação, nos seguintes termos:

Surge, portanto, questão interessante e complexa. Ronald Dworkin, no seu estilo ousado e provocativo, sustentou, em diferentes textos, a tese da existência de uma única resposta correta, mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política. Trata-se de uma construção que se situa no âmbito de sua crítica geral ao positivismo jurídico e ao uso que dois dos seus maiores expoentes – Kelsen e Hart – deram à discricionariedade judicial. A tese sempre foi extremamente controversa, tendo produzido rico debate pelo mundo afora, com repercussões no Brasil. Não tenho a pretensão de reeditá-lo, embora creia que a minha visão do tema ofereça uma solução na qual não há vencedores nem vencidos. A discussão em torno da existência de uma única resposta correta remete à imemorial questão acerca da *verdade*, sua existência em toda e qualquer situação e os métodos para revelá-la. Se existe uma única resposta correta – e não diferentes pretensões de resposta correta –, é porque existiria, então, uma verdade ao alcance do intérprete. Mas quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete? Se houver força externa ao intérprete, com o poder de cancelar a verdade proclamada, será inevitável reconhecer que ela é filha da autoridade. Portanto, a questão deixa de ser acerca da efetiva existência de uma verdade ou de uma única resposta correta, e passa a ser de quem tem autoridade para proclamá-la. Cuida-se de saber, em última análise, quem é o dono da verdade.

Como se observa, há uma expressa previsão de conceitos como “dignidade humana”, “justiça do caso concreto” e “segurança jurídica” como critérios para a busca de correção moral para o Direito, com amparo em Alexy, que, assim como Habermas, é adepto do procedimentalismo. Não obstante, dentro do mesmo raciocínio de justificação da discricionariedade judicial, há a adesão ao magistério de Dworkin que, contudo, é adepto do substancialismo, de diretriz hermenêutica jurídica completamente diferente dos primeiros.

A questão de escolha por uma ou outra corrente de pensamento importa em consequências distintas quanto à adoção de uma teoria da argumentação jurídica apta a justificara decisão racional.

Os procedimentalistas buscam desenvolver uma teoria da argumentação jurídica que sebaseie em “regras procedimentais para se chegar a um consenso racional”. Já os substancialistas, por sua vez, buscam “desenvolver uma teoria da argumentação jurídica



baseada em princípios e valores substanciais capazes, por si só, de produzir convicções que justificam racionalmente a decisão”<sup>9</sup>.

Alexy, e também Kelsen, entende que os princípios morais e valores éticos não possuem um valor universal em sociedades modernas. Sendo assim, é tarefa extremamente difícil estabelecer um conteúdo substancial para um princípio moral, já que a sociedade atualmente apresenta uma constituição multifacetada, dotada de várias culturas e valores, tornando inviável que uma decisão jurídica possa produzir uma dimensão de validade (Habermas) ou de legitimidade a conformar todos os seus membros.

#### 4. A PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DA DECISÃO JURÍDICA

Para buscarmos uma solução para toda essa problemática que se apresenta, precisamos compreender os vários aspectos que envolvem a decisão jurídica adotados por diferentes correntes filosóficas que se dedicam a estudar o pensamento jurídico e os aspectos que o circundam.

Partindo-se de um enfoque adotado pelo positivismo jurídico, sobretudo pelo neopositivismo de Kelsen, devemos compreender a decisão jurídica como um critério de política do Direito, visto que, segundo sua Teoria Pura do Direito, a opção por uma decisão jurídica possível será resultado de um ato volitivo do decisor. Isso ocorre porque Kelsen entende que o ordenamento jurídico fornece uma moldura a nortear o intérprete dentro da qual é possível exercer uma atividade criadora legitimada pelo Direito positivo.

Por esse entendimento, o órgão decisor cria o direito ao eleger um entre os vários sentidos possíveis da norma, traçando a norma individual para o caso concreto a partir da norma geral.

Kelsen verá o Direito como uma estrutura simples de coerção, disposto de forma sistemática e hierarquicamente organizada de normas (não morais) e que dispõem acerca das condições necessárias para que os agentes do Estado possam impor sanções. Por isso é que a teoria trata apenas do aspecto da estrutura formal, não importando questões atinentes ao propósito ou conteúdo<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 247.

<sup>10</sup> Siqueira, D. P., & Botelho, M. C. (2011). Breves considerações sobre a teoria pura de Hans Kelsen. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 10(10), 201–223. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/60>. Acesso em 7 mai. 2024.



Contudo, para se buscar a decisão jurídica correta, não podemos perder de vista que o ato de vontade do decisor, não raras vezes, é motivado por critérios subjetivos para eleger o sentido da norma que lhe pareça mais acertado, dentro de uma gama de possibilidades interpretativas, fornecidas pela moldura indicada por Kelsen. Não obstante, esses critérios subjetivos, constantes de aspectos pessoais acerca da ética e da justiça, por exemplo, buscam elementos que estão fora do Direito, sendo estranhos a ele. E a Teoria Pura do Direito traz, justamente, a exigência de que critérios a servirem de base para a verificabilidade e legitimação de uma decisão jurídica sejam amparados por elementos constantes do código da ciência jurídica, sendo os valores citados influenciadores do Direito, mas não pertencentes a ele. Essa decisão, produzida dessa forma, seria desprovida de legitimidade e validade.

Assim, torna-se excessivamente tormentosa a busca de critérios a validar a decisão jurídica se ela for prolatada com base em critérios internos que, para tanto, precisem ser respaldados pelo plano externo, de forma a garantir segurança jurídica e correção. Esse, pode-se dizer, é o ponto sobre o qual recai a principal crítica ao positivismo jurídico e à Teoria Pura do Direito.

A hermenêutica, por sua vez, segundo Habermas<sup>11</sup>, “propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos”.

Para Habermas, essa pré-compreensão do juiz é determinada através do que ele chama de *topoi*, que nada mais é do que um lugar comum que serve de ponto de partida para uma argumentação e delimitado por um contexto ético tradicional.

Contudo, em sociedades pluralistas, compostas por membros com ideologias diferentes e forças conflitantes, encontrar um critério ético dominante, formado por uma base sólida a validar as decisões jurídicas, não é tarefa simples. E isso pelo fato de que aquilo que vale como *topoi* para o juiz, em função de uma comprovação histórica, pode não valer como “lugar comum” adequado para outros intérpretes, já que determinados valores consagrados pelo decisor (*ethos*) poderiam se caracterizar como ideologia e preconceito para outros.

---

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.



As teorias representativas do que se chama de realismo jurídico reagem, assim, a esse “estado de coisas” citado por Habermas e não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica. Contudo, avaliam de forma diferente essa pré-compreensão que subsidia o modo interpretativo.

Para o realismo jurídico, o processo de tomada de decisão judicial é influenciado por fatores extrajurídicos que comandam os juízes no espaço de decisão. Dessa forma, na medida em que o processo de decisão judicial é influenciado de forma determinante por fatores como interesses sociais, sensação de pertencimento a camadas da sociedade, por tradições ideológicas, aspectos estes que estão dentro ou fora do sistema jurídico, há o desaparecimento da própria lógica jurídica frente à descrição realista do processo de aplicação do direito.

Na concepção do realismo jurídico, se os processos de tomada de decisão judicial puderem ser comparados a verdadeiro poder político, em função da presença de aspectos subjetivos idealizados pelos juízes, “não faz sentido a busca por decisões judiciais consistentes, amparadas por normas suficientemente determinadas”<sup>12</sup>.

Dessa forma, a hermenêutica é criticada pelo realismo jurídico pelo fato de entender que a decisão judicial possa ser produzida a partir de um *topoi* demasiadamente apegado a fatores subjetivos do juiz, o que compromete a solidez da decisão exarada e a aproxima de um viés político, estranho ao direito, enquanto ciência autônoma e fundada em critérios próprios.

Como contraponto ao positivismo jurídico e à hermenêutica, na busca por critérios seguros a amparar uma correta decisão judicial, passamos agora a abordar o processo de construção de uma decisão como um “problema” de legitimidade. Para tanto, precisamos compreender o pensamento de Robert Alexy e o de Jürgen Habermas, adeptos da discussão da correção da decisão jurídica sob o viés da legitimidade de sua produção.

Robert Alexy parte da ideia de justificação das decisões judiciais, aduzindo que a escolha de uma entre várias possíveis e abstratas interpretações da norma seria inviável por não seguir um processo seguro de subsunção, simples e linear.

---

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.



Na aplicação da fórmula do peso de Alexy, a conclusão de que os dois direitos em confronto estão sob a ameaça de interferências de mesma gravidade pode ser entendida como equivalente a um juízo de igualdade acerca das alternativas de solução para esse confronto<sup>13</sup>.

Ele desenvolve sua teoria da argumentação jurídica na linha procedimentalista. Isso implica que, para ele, é necessário “o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica baseada em regras procedimentais para se chegar a um consenso racional”<sup>14</sup>.

Para Alexy, uma teoria da argumentação jurídica baseada em princípios morais e éticos, como propugnam os substancialistas, é inviável pelo fato de que tais institutos são impossíveis de serem analisados de uma maneira objetiva, o que se aproxima da ideia estampada pelo realismo jurídico, quando questiona o “estado de coisas” valorado pelo juiz quando da construção de uma decisão jurídica.

O ponto em comum entre os procedimentalistas, representados aqui por Alexy, e o realismo jurídico, é que ambas as correntes de pensamento entendem que valores subjetivos a nortearem a construção de uma decisão jurídica não são suficientes para dotá-la de uma correção legitimadora, visto que tais aspectos, por representarem valores internos do magistrado, são facilmente sucumbíveis quando se busca uma sustentação por elementos externos.

Alexy, ainda ensina que não existem critérios absolutos aptos a sustentarem a produção de uma única decisão jurídica correta, já que a correção de uma decisão resulta de um discurso jurídico construído procedimentalmente. Para ele, encontrar uma única resposta correta no direito é um objetivo a ser perseguido, e não um dado ontológico a ser descoberto.

Para Alexy, a validade ou correção de uma decisão só pode ser demonstrada quando sustentada em uma justificação discursiva amparada em critérios ideais observados em um discurso jurídico. Ou seja, não há uma prévia e absoluta decisão correta, *ante factum*, construída abstratamente, mas sim um discurso jurídico que dá ensejo a uma decisão jurídica que, por ser amparada em critérios ideais de discussão pública, legitima a correção e validade dessa decisão.

<sup>13</sup> Zanitelli, L. M. (2017). Proporcionalidade, comparabilidade e fórmula do peso. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 22(1), 278–301. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v22i1709>. Acesso em 9 jun. 2023.

<sup>14</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 247.



Um ponto a ser questionado na teoria da argumentação jurídica de Alexy é a distinção entre a correção da decisão por estar em conformidade com a ordem jurídica e, de outro turno, a correção da decisão por ser a ordem jurídica racional ou justa. Eventualmente, podemos ter uma decisão correta de acordo com a ordem jurídica e, não obstante, não ser racional ou injusta, ou seja, materialmente incorreta. Para que a decisão seja válida, necessário se faz que esteja correta sob os dois prismas de análise.

Maior dificuldade, ainda, apresenta essa questão quando se está diante da análise de casos que envolvam direitos fundamentais, em que o critério de colisão entre princípios desse jaez autorizariam a adoção de critérios de ponderação, amparados em juízos morais sustentados por critérios gerais a cargo do Judiciário, o que, não raras vezes, tem o condão de contribuir para a produção de decisões solipsistas, dotadas de um ativismo excessivo que compromete a validade e correção da decisão jurídica por representar um resgate da filosofia da consciência, tão combatida atualmente.

No intuito de traçar um caminho efetivo e seguro para a legitimação das decisões judiciais, Habermas desenvolveu sua Teoria da Ação Comunicativa, que, como ponto forte, traz a ideia de construção do discurso com a participação de todos aqueles que são envolvidos, e atingidos, pelo ato judicial.

Habermas, complementando os ensinamentos de Dworkin, entende que uma decisão correta não é somente aquela que considera *válida* determinada norma para um caso concreto, mas sim aquela que reputa *adequada* uma norma válida aplicada a um caso concreto.

Para ele, validade e adequação são momentos distintos a serem considerados quando se busca compreender a correção de uma decisão sobre um caso concreto. Segundo ele<sup>15</sup>:

Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi fundamentada de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a aplicação imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça do caso singular.

Assim, a validade da norma tem relação com sua produção pelo Legislativo, de forma imparcial. Já a adequação, tem relação com a aplicação da norma correta ao caso

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 270.



concreto. E, por “norma correta”, devemos entender a que melhor se aplica àquele caso em análise, segundo um juízo a ser feito que leve em consideração, dentre todas as normas que são válidas, aquela que melhor se aplique ao caso concreto.

O mais importante, ainda, no raciocínio de Habermas, é que a norma que se apresenta como correta assim o é naquela situação específica e naquele momento de reflexão. E isso se dá porque em outras ocasiões futuras situações fáticas podem levar os atores envolvidos na análise de qual a melhor norma a ser aplicada a optarem por outra, que se legitime dentro de um arcabouço de circunstâncias que a justifiquem, segundo experiências e processos de aprendizagem então presentes. E, dessa escolha, participam todos aqueles que têm relação como direito, numa verdadeira ação comunicativa.

Como se observa, a ação comunicativa pugnada pelo filósofo alemão legitima a construção, a partir da norma geral, da norma individual para o caso concreto, através da linguagem intersubjetiva dos diversos atores envolvidos, deixando de lado a figura do solipsismo judicial ao se prestigiar a participação popular nessa atividade, retirando do Judiciário a exclusividade da produção das normas individuais, preservando-se, por óbvio, certas prerrogativas quanto à interpretação do direito, sua função precípua.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo explicitar a formação histórica da problemática do decisionismo judicial, desde a construção do Positivismo jurídico do século XIX, caracterizado pelo juiz “boca da lei”, passando pelo problema da eficácia, no âmbito do Neopositivismo jurídico, culminando, nos dias atuais, na missão dos intérpretes do direito de dotar a decisão judicial de legitimidade.

Para tanto, traçamos as principais características do positivismo jurídico clássico, do início do século XIX, passando pela Escola de Viena e seu grande expoente, Hans Kelsen, até chegar à segunda fase desse movimento, quando a virada linguística lógica de Ludwig Von Wittgenstein introduziu a linguagem no processo de construção das decisões judiciais.

Apresentamos os principais problemas do positivismo clássico, que remontava ao dogma da completude, bem como do decisionismo judicial, sua contraface, causada pelo excesso de subjetivismo do órgão decisor. Ou seja, saímos do excesso de objetivismo, da era das codificações, para chegarmos ao subjetivismo exacerbado do juiz solipsista. Com



Wittgenstein, foi possível inaugurar uma nova fase no direito à luz da construção da linguagem, intersubjetiva, no processo de construção da decisão judicial.

Não obstante o advento da virada linguística, percebemos que ainda não houve a superação da malfadada filosofia da consciência, que insiste em nortear o Judiciário nos processos de elaboração de suas decisões. Apresentamos argumentos no sentido de que o julgador ainda insiste em fundamentar suas decisões em razões subjetivas, representativas de um “querer interno”, disfarçadas por critérios supostamente legitimadores de uma busca por justificação externa, mas que não deixam de se caracterizar como claros indícios de ativismo judicial, decisionismo irremediável, como demonstra, por exemplo, o panprincipiologismo apontado pela crítica hermenêutica do direito, de Lenio Streck.

Com isso, podemos verificar que o problema do decisionismo sempre existiu, mesmo porque diversas eram suas causas. No positivismo clássico, o juiz solipsista ganhou corpo justamente porque a superação do objetivismo exacerbado deu lugar a um subjetivismo que surgiu para resolver os casos que demandavam um raciocínio muito além da mera atividade de subsunção do fato da vida à norma jurídica. Nesse sentido, o decisionismo ocorria em função das várias possibilidades de interpretação que a norma permitia, sendo uma consequência direto apegos aos signos linguísticos. O decisionismo, então, ameaçava a própria separação dos poderes, visto que o julgador não se submetia a limites seguros para exercer sua atividade criativa.

Já no Neopositivismo, o decisionismo era fruto da busca por eficácia na decisão judicial. Dessa forma, a atividade criativa do juiz estava amparada por um processo que, fundamentado na busca pela decisão mais eficaz, permitia ao decisor extrapolar o texto da norma, de forma arbitrária, individualizada, sob o pálio de estar buscando, dentre as normas possíveis, aquela que representa a opção mais acertada. Justificava-se a ausência de critérios seguros e concretamente aferíveis pelos destinatários da atuação judicial em um procedimento de criação da decisão mais eficaz a dar mais efetividade para o caso concreto examinado.

Por fim, nos pós-positivismos, adeptos do substancialismo e do procedimentalismo se digladiam para encontrar parâmetros que constituam a decisão judicial de legitimidade. Para os substancialistas, a legitimidade é alcançada em função do próprio conteúdo do direito que se está discutindo. Ou seja, a decisão é legítima porque trabalha com valores



caros à sociedade e, por isso, seus fundamentos têm o condão de arregimentar a aprovação dos destinatários da norma. A decisão, para eles, é dotada de legitimidade por tratar de direitos fundamentais, políticas públicas, ações afirmativas, entre outros temas que, para essa corrente, são autossuficientes para sustentar a correção da decisão.

Por outro lado, os procedimentalistas buscam a legitimidade através do processo de construção da decisão, mais especificamente na intersubjetividade na forma através da qual se constrói o pronunciamento judicial. Ou seja, para eles a decisão recebe a pecha de legítima por ter sido fundamentada de tal forma a conquistar o apoio dos jurisdicionados, que se sentem “representados” por aqueles valores que sustentaram a construção daquela decisão.

Não obstante todas essas discussões na busca por critérios que justifiquem qual a melhor decisão, compreendemos que o ativismo judicial é um processo que não pode ser banido dos ordenamentos jurídicos existentes em estados democráticos. E isso se dá porque não raras vezes as situações da vida submetem ao Judiciário litígios em que uma postura um pouco mais ativista pode representar um ganho de legitimidade do direito, visto que o legislativo não consegue dar uma resposta imediata a todos os problemas da vida. Até porque, em algumas demandas, como ocorre, por exemplo, com o direito público, as normas obedecem a um princípio de estrita legalidade, em que a irretroatividade é terminantemente proibida. Assim, eventual atividade legislativa não teria o condão de dar uma resposta adequada a um fato da vida já ocorrido porque representaria uma violação ao princípio da anterioridade legal. Nesses casos, ao Judiciário se afigura muito mais possível e palatável que uma atuação ativista gere uma postura garantidora de direitos, legítima no que tange à atuação estatal em prol do jurisdicionado.

Contudo, não podemos perder de vista que esse ativismo salutar que vemos como uma possibilidade concreta, contingencial e inevitável, deve ser utilizado com muita parcimônia, cautela e, sobretudo, amparado em critérios que possibilitem a todos visualizar a legitimidade da decisão prolatada, afinal, os fins nem sempre justificam os meios, é preciso, acima de tudo, prudência quando se está diante de uma atividade criativa que parte da lei escrita, mas que nelanão se esgota.



## REFERÊNCIAS

- Barroso, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5. 2015.
- Bittar, Eduardo C.B. **O Direito na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2014.
- Dworkin, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- Ferreira, Rafael Alem Mello. **O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: De Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas**. Belo Horizonte: Dialética, 2019.
- Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.
- Oliveira, Leandro Correa de. O Judicial Review permite um diálogo entre poderes. **Boletim de Notícias ConJur**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-23/leandro-oliveira-judicial-review-permite-dialogo-entre-poderes>. Acesso em 9 jun. 2023.
- Queiroz, Rafael M. R.; Feferbaum, Marina. **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 3. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- Simioni, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.
- Simioni, Rafael Lazzarotto. **Constitucionalismo e Democracia: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM 2017**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.
- Simioni, Rafael Lazzarotto. **Constitucionalismo e Democracia: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM 2018**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.
- Siqueira, D. P., & Botelho, M. C. (2011). Breves considerações sobre a teoria pura de Hans Kelsen. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 10(10), 201–223. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/60>. Acesso em 7 mai. 2024.
- Streck, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica Jurídica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.



Streck, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Streck, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Streck, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017

RECEBIDO EM 14/05/2024  
APROVADO EM 28/10/2025  
RECEIVED IN 14/05/2024  
APPROVED IN 28/10/2025