

HERMENÊUTICA COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Bruno Ferreira de Souza¹

Emily Garcia²

Resumo: O meio encontrado pelas sociedades do segundo pós-guerra para superar o positivismo legitimador dos regimes totalitários foi o resgate de valores e o instrumento utilizado foram as constituições contemporâneas, caracterizadas pelo alto grau axiológico, num fenômeno conhecido como pós-positivismo (neoconstitucionalismo), caracterizado pela institucionalização da moral ou moral constitucionalizada. Dado esse fator histórico, as consequências jurídicas aparecem de plano num agigantamento da jurisdição constitucional, reflexo dos diversos elementos que as constituições contemporâneas se propõem a realizar, num manifesto caráter mutante da realidade social, econômica, jurídica, e a garantia dessas promessas passa pelo Poder Judiciário, especialmente em países com dificuldades de concretizar até mesmo os direitos de primeira geração, como é o caso do Brasil. A reaproximação entre Direito e Moral, com a institucionalização de valores, exige uma teoria da decisão que limite a atuação jurisdicional frente onda de judicialização dos mais diversos temas da sociedade. Diversos jusfilósofos enfrentam esse tema, Alexy busca em Habermas elementos da linguagem para uma racional fundamentação das decisões; Dworkin confia numa interpretação principiológica e histórica do Direito que se

¹ Advogado. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo, pelo IDCC/UENP. Graduado em Direito, pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

² Advogada. Mestranda em Filosofia, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Cursando especialização em Filosofia Política e Jurídica, pela UEL. Graduada em Direito, pela PUC-PR.

sustenta a partir de um sistema coerente; a hermenêutica filosófica inter-relaciona texto e norma para superar a ruptura entre esses dois elementos para que a integração não seja realizada pelas concepções pessoais dos intérpretes.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; Judicialização; Jurisdição Constitucional; Técnicas Antidiscricionárias

Abstract: The means found by the companies of the second post-war to overcome the legitimizing positivism of totalitarian regimes, was the surrender values, and the instrument used was the contemporary constitutions, characterized by high degree axiological, a phenomenon known as post-positivism (neoconstitutionalism) characterized by the institutionalization of moral or moral constitutionalized. Given this historical factor, the legal consequences appear plan an aggrandizement of constitutional jurisdiction, reflecting the diverse elements that constitutions are proposed to be implemented, a manifest changing character of social, economic, legal, and securing these promises through the Judiciary especially in countries struggling to achieve even the first generation rights, with a deficit of public policies, as is the case in Brazil. The rapprochement between law and morals, with the institutionalization of values, requires a theory of the decision to limit the jurisdictional action front wave of legalization of the various issues of society. Several law philosopher face this theme, Alexy search Habermas language elements for rational reasons for decisions; Dworkin trust in a principled and historical interpretation of the law that is sustained from a coherent system; philosophical hermeneutics interrelates text and standard to overcome the split between these two elements so that integration is not performed by the personal views of the performers.

Keywords: Neoconstitucionalism; Judicialization; Constitutional Jurisdiction; Non-Discretionary Technicals

1. INTRODUÇÃO



modelo de Estado de Direito visto contemporaneamente se materializa a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial. Até então, vigorou um Estado no qual a Constituição se tratava de normas políticas, sem aplicabilidade imediata. De fácil acentuação é que à época o Judiciário era enfraquecido perante a força do Legislativo. A mudança se dá com a crescente importância da Constituição, como documento normativo, não apenas político. Atrelado a isso está a Jurisdição Constitucional e a força do Poder Judiciário, pois este é o responsável direto pela justa aplicação e por fazer cumprir a Constituição.

O neoconstitucionalismo, apesar de o nome sugerir, não é uma continuidade do constitucionalismo (liberal), nem tampouco é simplesmente positivismo jurídico a fim de introduzir a moral ao sistema. O que é claro, sob todos os aspectos e teorias, é a tentativa de superação do modelo de regras em razão de sua incompletude, com base numa perspectiva normativa e considerando o mundo fático.

Em observação à experiência brasileira, existe uma grande dificuldade de, por um lado, garantir a efetividade da Constituição, e, por outro lado, realizar isso dentro duma realidade deficiente nas diversas ordens, política, jurídica, econômica e social. O vasto rol de direitos fundamentais e a característica analítica da Constituição, além da impossibilidade de previsão dos fatos pelo Legislativo por meio das leis (além da crise de representatividade pela qual passa tal Poder), inflaciona-se a jurisdição constitucional em busca da realização dos ditos direitos, e, na mesma medida, o poder hermenêutico dos juízes deve ser limitado.

2. DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

A judicialização da vida política, social e moral, diz respeito à transferência das decisões acerca desses temas para os órgãos judiciais, retirando-as do domínio político exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os motivos para o fenômeno em questão passam por vários âmbitos, tanto políticos quanto de naturezas social e pragmática. Um dos relevantes motivos, pode ser citada a crise da representativa, em que se tornam desacreditadas as instituições executiva e legislativa, fazendo com que o povo jogue suas expectativas e anseios sociais no Judiciário; outro motivo, este de cunho eminentemente político, é o de que os representantes eleitos, conscientemente, se abstêm de certas questões polêmicas, as quais podem importar um desgaste dos políticos. Isso se reflete em temas como: união homoafetiva, interrupção de gestação, demarcação de terras indígenas, dentro outros.

É bem verdade que, num primeiro vislumbre, se torna difícil fazer um juízo de valor frente a essas mudanças, pois não há necessariamente uma decisão melhor ou pior, mais democrática ou menos democrática, pelo simples fato de essas questões serem transferidas ao julgo das instâncias judiciais, no entanto, as regras do jogo democrático não comportam certas mudanças de competência, pelo fato de que a construção de cada Poder é realizada com suporte sobre bases elementares de características dos próprios Poderes; é de se advertir que, por vezes, a sociedade não está madura o suficiente para certos temas, e, inclusive, por isso, não são temas levantados no Congresso, o qual, deve ser lembrado, é o ambiente democrático legítimo a fim de decidir temas morais e sociais. Vale a referência à anotação realizada, no último dia 04 de fevereiro, pelo Juiz Federal mineiro Dr. Fabiano Verli, no Processo 582-23.2015.4.01.3811, que afirmou: “sou do Poder Judiciário e não faço política pública. Isto é do

Executivo e do Legislativo.”

No Brasil, acrescenta-se também uma Constituição analítica, a qual, portanto, demanda mais juízo político e mais pressões judicializadas. Além, é claro, do amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face do controle de constitucionalidade.

Por esses motivos explanados, questões de relevância social e/ou moral chegam, invariavelmente, ao Judiciário. Luís Roberto Barroso, em seu sítio na rede mundial de computadores, analisa e disponibiliza seus votos em algumas das muitas ações decididas pelo STF: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP).

O Judiciário, a fim de se estabelecer no papel constitucional de concretizador de direitos, “começou a pressionar diferentes setores e instâncias da administração pública com objetivo de criar as condições necessárias para a implementação dos direitos econômicos e sociais assegurados pela Constituição de 88; ou, então, a interpretá-la em perspectiva oposta aos interes-

ses dos responsáveis pelas políticas de “ajuste fiscal” e estabilização monetária no âmbito do Executivo; ou, ainda, a tomar decisões com enormes custos para a “governabilidade”, como nas ações relativas à criação de novos tributos, desindexação de salários, privatização de empresas públicas, etc.” (FARIA, 2003, p. 10). Por outra via, para neutralizar retaliações, o Judiciário pode agir pragmaticamente e, em nome da estabilidade monetária, revogar atos juridicamente perfeitos e interferir em direito adquiridos.

O Judiciário poderia levar seus integrantes a assumir a perspectiva de juízes-executores ou, no máximo, de juízes delegado, conseguindo assim preservar a independência da instituição frente aos demais poderes. Mas, a eficácia da tutela judicial em parte ficaria comprometida, levando a Justiça a riscos, como de se tornar uma instituição irrelevante e de perder crédito perante à sociedade, afastando os cidadãos dos tribunais (SANTOS, 1993, p. 31).

O atual momento é de instabilidade monetária, inflação econômica descontrolada, e a solução dos Governos passa por uma desenfreada produção legislativa, o que gera a instabilidade legal e inflação jurídica. Pronto, a equação se estabelece dentro de um ciclo vicioso. O Legislativo acaba sendo refém do Executivo, considerando que não atua segundo a representação política, mas segundo as necessidades do Executivo. Já no Judiciário, as tensões levam à lides perante seus tribunais, responsáveis por assegurar coerência, unidade e integralidade a um sistema jurídico caótico. Daí chamarmos o fenômeno da intervenção dos tribunais na vida política e econômica de “judicialização”.

Segundo José Eduardo Faria, esse fenômeno não é atual.

Essas dificuldades do Executivo e do Legislativo e a “judicialização” da política e da economia daí advindas não são um fato novo no Brasil. Elas começaram a aparecer quando o legislador ordinário dos anos 80, ao modernizar a legislação processual com o objetivo de ampliar o alcance da tutela judicial para proteger os direitos difusos, passou a delegar competências para a magistratura, aumentando seus poderes cautelares,

expandindo suas prerrogativas em matéria de apreciação de provas, etc. E se tornaram visíveis na Assembléia Constituinte, quando seus integrantes optaram por redigir uma Carta com “textura aberta” e normas programáticas nas matérias polêmicas, por causa da ausência de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo. Como nenhum partido dispunha, por si ou sob a forma de coalizões, de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político capaz de dar um mínimo de unidade conceitual e coerência programática à nova ordem constitucional, o recurso a normas programáticas e cláusulas indeterminadas, que poderiam ser reguladas posteriormente por leis complementares e ordinárias, em outras condições e outras configurações partidárias, foi a estratégia adotada para permitir a conclusão dos trabalhos (FARIA, 2003, p. 15).

E acrescenta: “o Judiciário teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização e reconstitucionalização do País, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Ministério Público.” (FARIA, 2003, p. 16).

Um raciocínio se mostra basilar para o apresentado, os Poderes Legislativo e Executivo, dentro de suas competências e independências constitucionais, têm a “discricionariedade” de atuar nos momentos oportunos, ou seja, existe a possibilidade de um agendamento ou melhor planejamento para como e quando agir de uma devida maneira. Diametralmente oposta é a situação do Judiciário, este não pode deixar de decidir, mesmo quando é subitamente provocado sobre questões das mais diversas e difíceis espécies. E esse trabalho se torna ainda mais árduo quando não há coerência e integridade na produção legislativa e jurisprudencial, pois a maciça produção legislativa e de precedentes obedece às sucessivas mudanças econômicas. E além, pois não há parâmetros claros de ação do Judiciário, já que à sua apreciação surgem, pelos motivos trabalhados, conflitos de natureza política, não podendo exigir, assim, decisões meramente técnicas e

formais.

3. BREVE ANÁLISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA SOCIAL, POLÍTICA E ECONÔMICA

Numa análise político-ideológica imediata, não há, nos membros do Poder Judiciário, a sabatina popular, ou seja, não são eleitos pelo povo, então suas investidas não possuem legitimidade para atuação dentro da moral social, além de ser afronta à política majoritária, considerando que é a maioria do povo quem escolhe seus representantes nos Legislativo e Executivo, por meio das eleições.

Do ponto de vista da capacidade institucional, os Poderes instituídos devem fazer valer a Constituição e se basear nela para suas próprias atividades, o que inclui competência. O que tem ocorrido nas situações de divergência é a decisão final do Judiciário. Essa preferência acarreta um desequilíbrio entre os Poderes. Em benefício da democracia não se espera uma instância hegemônica, pois, além de respeitada as competências, nem sempre os juízes são aqueles mais capacitados para uma melhor decisão.

Com base nisso, observa-se que as mais diversas questões relevantes, como exposto acima, são encaminhadas ao Judiciário, e é claro que o juiz não se faz experto em todas elas, nem se espera isso dele. O local de maior pluralidade, com técnicos e expertos nos mais diversos temas, é o Poder Legislativo, que tem a seu favor a vasta composição, e mais, tem um processo democrático de discussão acerca dos temas.

Outros aspectos a serem considerados são a questão orçamentária, os impactos socioeconômicos e outros, em que os juízes, por vocação e treinamento, não são preparados para eles.

O debate das questões, especialmente aquelas mais relevantes e com reflexos em toda sociedade, não pode ser aristocratizado, ou seja, não pode ser circunscrito a uma classe específica,

no caso, a dos magistrados. O Judiciário vem se modernizando e se democratizando a fim de melhorar tais condições, por exemplo, por meio de audiências públicas, no entanto, ainda assim, a melhora nas condições democráticas do debate não são consideráveis.

O principal papel do Tribunal Constitucional é de proteger e promover os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Em eventual posicionamento contramajoritário, deve haver a defesa dos elementos essenciais expostos na Constituição e se dar a favor da democracia (BARROSO, 2009, p. 89-90). Do contrário, o juiz tem o dever de aplicar a lei, ou seja, de aplicar aquilo que foi legitimado pelos legisladores através do devido processo democrático, bem como pelo exercício prudente de discricionariedade dos administradores.

A análise realizada não se limita à legitimidade democrática para decidir acerca da vida política, mas também se deve estar atento às “capacidades institucionais dos órgãos judiciais e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias.” Por fim, e ainda na linha do Ministro Barroso, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único âmbito de debate e de reconhecimento da vontade constitucional, “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juizes.” (BARROSO, 2009, p. 91).

Entre os autores contemporâneos das mais diversas áreas é comum a afirmação de que a Constituição é repleta de “cláusulas abertas”, como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, fato esse que pode insurgir construções hermenêuticas opostas. Contudo, isso não é ou não deveria ser tolerado, busca-

se segurança e integridade na jurisprudência, e não o contrário, como mais adiante se buscará deixar mais claro.

As colisões entre princípios, as contraposições de interesses, os antagônicos conteúdos dos direitos fundamentais, e uns com outros, causam tensões, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, a liberdade individual e a segurança da ordem pública e a persecução penal para aplicação da lei penal.

Dentro de um Estado estruturado com bases democráticas, legais, políticas e morais, não se pode permitir, especialmente nas questões penais que envolvem o precioso direito à liberdade, em nome de outro princípio, a unidade da Constituição, que o intérprete se valha de escolhas desvalidas de critérios objetivos para decidir (fundamentadamente) por um dos lados, que, reforça-se, ambivalentemente possuem proteção constitucional, daí a dificuldade maior e redobrada responsabilidade na decisão.

4. DIFERENÇAS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS PARA UMA DEVIDA APLICAÇÃO DO DIREITO

Interessante iniciar o tópico com explanação realizada por Luís Roberto Barroso, em “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, que afirma: “há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).” (BARROSO, 2007, p. 10).

Humberto Ávila apresenta um panorama da evolução da distinção entre estes institutos, podendo resumir da seguinte forma seus estudos: para Josef Esser, o critério distintivo estaria na “função de fundamento normativo para a tomada de decisão”, ou seja, seria uma distinção qualitativa; para Karl Larenz, distinguem-se também em “função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo a qualidade decorrente do modo de

formulação da prescrição normativa", posto que os princípios "não são regras suscetíveis de aplicação"; já para Canaris a distinção se dá pelo fato de os princípios possuírem "conteúdo axiológico explícito" e necessitarem de regras para serem concretizados, além de serem precedidos de "processo dialético de complementação e limitação"; para Dworkin, a distinção "não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios"; e Alexy os distingue por entender que os princípios possuem "apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras" (ÁVILA, 2009. p. 35 a 37).

Ronald Dworkin assevera que "a diferença entre princípio jurídico e regra é de natureza lógica. (...) as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada." (DWORKIN, 2002. p. 39).

Na lição de Alexy, fator distintivo é o fato de os princípios "serem razões para regras ou serem eles mesmos regras", ressaltando, ainda, a possibilidade de se constituírem "normas de argumentação ou normas de comportamento" (ALEXY, 2008 p. 89).

Em sua mais conhecida obra, Alexy certifica

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Barroso faz um bom traçado dos critérios de distinção. Primeiramente, apresenta como parâmetro o conteúdo da norma. Nesse aspecto, os princípios são normas que expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética, ou fins públicos a serem seguidos. E as regras jurídicas não conduzem valores ou fins públicos porque são a concretização destes. Outro critério de diferenciação é quanto à estrutura normativa.

Os princípios apontam para estados ideais a serem buscados, e as regras descrevem comportamentos. Assim, os princípios são normas finalísticas e as regras são normas descritivas. Outro critério observado por Barroso é o modo de aplicação. Esse último critério é para o autor a mais importante distinção: regras são aplicadas na modalidade do tudo ou nada, operada por subsunção; enquanto os princípios indicam uma direção, um valor ou um fim, assumindo dimensão de peso no caso concreto. E, por isso, é que “se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.” (BARROSO, 2008. p. 205-208).

A solução de conflitos entre regras não causa problemas teóricos, apesar de que na prática ocorrem distorções das mais diversas. Quanto à solução num caso de conflito de normas, afirma Ronald Dworkin que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (...) Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero” (DWORKIN, 2002. p. 43).

No mesmo enfoque, Robert Alexy define que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o con-

flito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida”. Conclui-se que a solução se encontra no plano da validade.

De maneira diversa, quando há embate entre princípios, ambos podem ser válidos e não totalmente excludentes. A questão passa, portanto, não pela análise da validade, mas pela perquirição de qual princípio, no caso concreto, tem maior peso (segundo a visão alexyana). Ocorre que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Alexy, em outras palavras, sintetiza que se dois princípios colidem, um dos princípios tem que ceder, sem, no entanto, ser declarado inválido ou introduzida cláusula de exceção (ALEXY, 2008. p. 93).

Por tais razões, na colisão entre princípios não há invalidação, mas há sopesamento entre os interesses inseridos nesses princípios colidentes. A partir do sopesamento se define qual o princípio prevalece (tem maior peso) no caso concreto. São essas as estruturas da lei de colisão de Alexy.

5. RACIONALIDADE DISCURSIVA COMO TENTATIVA DE COMBATE AO DECISIONISMO

A preocupação com o subjetivismo decorre da verificação, que muitos autores praticam, de que as cláusulas abertas da Constituição e as definições normativas de aspecto valorativo atribuíram ao magistrado uma margem de autonomia. Acresce-se a esse fator aquele de que tais normas não são mais entendidas como meramente programáticas, e sim de aplicabilidade imediata, o que atribuiria ao intérprete a tarefa de preencher e limitar esses dispositivos. O embargo da subjetividade é a maior meta do pós-positivismo, que se ocupa de apresentar uma resposta jurídica para situações antes entregues à discricionariedade do magistrado.

A partir da consciência de que “a lógica formal é insufi-

ciente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59) nasce a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica é, antes de tudo, um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (as regras como componentes do ordenamento jurídico).

Os aspectos valorativos, que passaram a ser entendidos também como parte do Direito, inserem-se na teoria do jusfilósofo alemão através da pretensão de correção do discurso; constatada a necessidade de que as ações moralmente corretas sejam abarcadas pelo Direito, Alexy determina que o ordenamento seja erigido sobre uma pretensão de correção. Somada à pretensão de correção, que está prevista também na teoria habermasiana (HABERMAS, 1989), Alexy entende ser necessária a justificação da decisão tomada.

Habermas sustenta a ideia da verdade como consenso, pois a entende como aquilo que é socialmente difundido e aceito. Trata, ainda, de dois âmbitos da comunicação: a ação e o discurso. A primeira não porta a pretensão de validade, busca apenas a correspondência com a “realidade”, entretanto, quando se procura a justificação para os atos de fala, entra-se no âmbito do discurso. As experiências trazidas ao discurso advêm da ação, mas não são produzidos por ele. Assim, a possibilidade de se realizar um discurso é o que determina a existência de um fato, como afirma Alexy (ALEXY, 2005, p. 112): “Um fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente”.

Alexy parte da Teoria do Discurso Racional para propor a sua Teoria da Argumentação Jurídica. As regras sobre a carga de argumentação pretendem distribuir entre os falantes o ônus da fundamentação, e resultam conjuntamente do princípio da universalidade e da regra da fundamentação, cingindo-se no

enunciado de que “quem pretende tratar uma pessoa “A” diferente de uma pessoa “B” está obrigado a fundamentá-lo” (Alexy, 2005, p. 197).

A submissão do discurso ao mundo jurídico não o exime de se relacionar com a Moral. Na verdade, o ponto de contato entre o Direito e a Moral torna a teoria de Alexy algo novo, distinto da Teoria Positivista. Superado o entendimento do Direito como ciência meramente procedimental, advoga-se em defesa da aplicabilidade dos aspectos valorativos no discurso jurídico. Contudo, para evitar que essa valoração acabe por levar à resolução das decisões do subjetivismo dos tribunais, busca-se realizar um mínimo racional.

5.1. O MODELO DE ALEXY: “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE

Humberto Ávila ensina que a ponderação se realiza por meio de três fases: a) fase preparatória, na qual se analisam argumentos e elementos; b) fase de realização da ponderação, na qual se fundamenta a relação entre os elementos objeto de sopesamento; c) fase da reconstrução da ponderação, na qual se formula regras para se definir os elementos que prevalecem no sopesamento, inclusive, com pretensão de validade para além daquele caso singular (ÁVILA, 2009, p. 144).

Para Robert Alexy, a aplicação do princípio da proporcionalidade é feita através da “máxima da proporcionalidade”, a qual se divide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116).

Em seguida, continua o autor alemão e explica cada máxima parcial. Meio adequado ou idôneo é aquele que concretiza o direito fundamental em questão. Trata-se de uma análise da possibilidade fática. Humberto Ávila, em razão de sua clareza, dá contribuição essencial ao tema: “A adequação exige uma re-

lação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim" (ÁVILA, 2009, p. 165).

Na análise da necessidade, observa-se que para a concretização de um dos direitos fundamentais em colisão deve ser utilizado o meio pelo qual seja menos gravoso para o direito fundamental submergido. Conclui-se que, se houver meio menos gravoso para o direito fundamental perdedor, não é legítimo tal meio, portanto não há necessidade. Trata-se, assim, de verificação de possibilidade fática, conforme doutrina de Alexy. Em outras palavras, para Ávila, trata-se de "verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido" (ÁVILA, 2009, p. 170).

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito é propriamente o "sopesamento". Trata-se de análise jurídica. Deve ficar claro que essas três parciais dizem respeito à três níveis, ou seja, só se caminha para o nível seguindo se perfeito o nível anterior. Outra afirmação importante é a de que o prejuízo de um princípio deve ser proporcional ao cumprimento do outro, ou seja, quanto maior o dano do princípio perdedor, maior deve ser a realização do princípio vencedor.

6. DWORKIN, INTEGRIDADE DO DIREITO E O JUIZ "HÉRCULES"

Antes de tudo, vale retificar algum entendimento equivocado das lições de Dworkin que, apesar da realização por um protagonismo judicial, para o autor, não deve existir discricionariedade. Explica que a função de decidir cria o direito, entretanto, ao decidir um caso importante em que não há precedentes, deve-se decidir a partir "da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direitos" (DWORKIN, 2007, p. 9).

Em suas lições, Dworkin acentua que o mau juiz é aquele

que é rígido e mecânico. O juiz deve fundamentar as decisões com base na observação da sociedade, pois o direito é mais que regras e princípios, é uma atividade interpretativa e reflexiva (DWORKIN, 2007, p. 19).

Assim Dworkin define princípio: “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). Desse fragmento da obra de Dworkin vale dizer que as decisões judiciais e também as leis não se sustentam por si sós, devem respeito aos preceitos valorativos da Constituição e não apenas do princípios legalmente previstos.

Lênio Streck dá contribuição valorosa à questão, faz um breve comentário de Dworkin e propõe que a fuga do autor estadunidense para fora da Constituição a fim de busca fundamentos valorativos, se encaixa de outro modo à realidade brasileiro, pois esses valores estão incluídos em Constituições analíticas como a brasileira.

(...) Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissárias e sociais como a brasileira (STRECK, 2008, p. 315).

A integridade que se demanda no Direito pode ser subdividida: a) integridade na legislação, da qual se exige do legislador a coerência aos princípios; b) integridade no julgamento, na qual se espera ser cumprida a lei coordenadamente com todo o sistema legal e constitucional. Lênio Streck esclarece:

um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio

jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja visto como coerente nesse sentido”; (...) “o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2008, p. 233).

Observando-se que o direito é criação e reflexo da sociedade, e vice-versa, a necessária integridade cria balizas aos juízes para identificação dos direitos e deveres legais, expressando coerência de justiça e equidade. As definições jurídicas só são legítimas se obtidas dos “princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Para utilizar e aplicar a integridade, o autor criou a figura do Juiz Hércules “dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação; é um tipo ideal, metafórico, criado para demonstrar a tese da única resposta correta” (STRECK, 2008, p. 315).

Nesse sentido, a lei não é aquilo que o legislador deseja que seja, mas é resultado da integridade, considerando todo o caminho histórico traçado até o momento decisório. O método de Hércules não permite significados e interpretações estáticas, mas feitas “não só do texto da lei, mas também da sua vida”, assim os significados variam historicamente (DWORKIN, 2007, p. 416). Aqui talvez se encaixe a briosa frase do ilustre autor Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*: se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo (GADAMER, 2004).

7. HERMENÊUTICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Souza Cruz entende que o Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com decisões judiciais, mesmo que direitos fundamentais sejam violados. Essa atitude por parte das cortes constitucionais é adjetivada como postura “responsável”, ou seja, o Judiciário não “quebrou o Estado”, não fez a “inflação explodir”. Ao contrário, ele se coloca na posição de reparador dos erros do Executivo e do Legislativo. Contudo, não se questiona o fato de essa postura do Judiciário vir a cancelar implicitamente os abusos dos governantes. “Ele não percebe que sua postura intransigente em favor de um ativismo do judiciário pode levar a distorções. Com isso não se fala em punição de governantes irresponsáveis e tudo continua como antes.” (SOUZA CRUZ, 2006, p. 143 e ss).

Talvez um interessante perfil a ser adotado pelo Estado brasileiro, diante do embate entre Estado Liberal e Estado Social, seja a de um Estado transformador (STRECK, 2008, p. 143). O Poder Judiciário, nesse ínterim, superaria, em definitivo, os entendimentos expostos até aqui neste trabalho a fim de se guiar por interpretações conforme à Constituição, não atuando nem com ativismos nem com restrições, mas dentro de uma hermenêutica concisa.

Pode-se ilustrar, para melhor esclarecer, que não se espera filhos com dois pais ou duas mães (Judiciário criou tal hipótese), nem que direito, como à saúde, não seja garantido, mas, que neste caso, seja observado o caso concreto, a fim de dar uma resposta conforme a Constituição, sem o necessário uso, como na teoria de Alexy, do sopesamento, que pode, dentro dessa técnica, mais precisamente na terceira fase de sopesamento, ocasionar discricionariedades indesejadas. No primeiro exemplo (filho com múltiplas filiações), a semântica não permite interpretações a esse alcance; no segundo exemplo (concretização de direito à saúde), o intérprete não pode ficar aquém da vontade constitucional de prover a saúde, pois há comandos legais e constitucionais no sentido da proteção desse direito (art. 196, da

Constituição).

Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado no seu modelo alucinado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederem. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado, o Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática (STRECK, 2008, p. 143)

Ora, mas no fim das contas, a jurisdição constitucional é responsável pela concretização dos direitos fundamentais? Sim, objetivamente todos os Poderes são legitimados para isso, e devem atuar à luz da Constituição. Há um caso emblemático que é trabalhado e congratulado por Souza Cruz e Streck. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado a decidir sobre um caso em que uma mãe solicitava o levantamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a fim de tratar um filho soropositivo. Na busca por uma resposta, não há previsão de levantamento do referido fundo para tal situação, pois existe um rol presente no art. 20, XI, da Lei nº 8.036/90. Dessa forma, numa visão legal, a resposta para o pedido haveria de ser negativa. Mas, quiçá a ausência de previsão legal para a hipótese do caso, o STJ fez uma leitura constitucional (e não meramente legal) e decidiu por conferir o pedido com base nos direitos fundamentais à saúde, vida e dignidade, estendendo essas garantias não só para a pessoa titular do FGTS, mas para seu filho também (STJ, REsp nº 249026/PR).

É perigosa a afirmação de que “o intérprete atribui sentido ao texto”, melhor seria a de que “o intérprete retira o sentido atribuído pelo texto”. Não se pode aceitar algo retirado do texto sem as devidas pré-compreensões atinentes ao texto, e nas palavras de Stein, citado por Streck, “o texto não é um lugar em que

se produz a realidade objetiva; o texto não é uma coisa que espera que o compreendamos; o texto é o lugar produzido pela pré-compreensão” (STRECK, 2008, p. 215). O trabalho do juiz, afinal, é a adaptação da lei à vida prática.

Interessante a passagem de Lênio Streck acerca de sua proposta para a não discricionariedade:

Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo, reafirma o mestre de Tübingen, é admitir verdades absolutas, problemáticas, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo (STRECK, 2008, p. 115).

O Estado Democrático de Direito não pode estar baseado na intersubjetividade. A interpretação do direito não cabe num sistema de respostas incertas e discricionárias. Comum a expressão “o tribunal X ‘entende’ de um jeito”, “o juiz Y ‘decide’ diferente do ‘entendimento’ de Z”. A hermenêutica filosófica, encontrada nas lições de Lênio Streck, busca uma resposta correta, nos termos também usado por Dworkin, não é a melhor nem a pior, mas é àquela adequada à Constituição.

Lênio Streck contribui para o profundo entendimento de como atua os subjetivismos ao afirmar que

(...) entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido de texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.

E continua

Deixo claro – e isto tenho feito também em outros trabalhos – que a distinção entre tempo e norma, embora deite raízes de

Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (STRECK, 2008, p.286).

Entende-se dessa mensagem que o texto não está isolado da norma. Mas há algo além, o texto já vem carregado de pré-compreensão, ou seja, não se pode dizer o que se quer sobre o texto, pois há precedentes ao texto que devem ser respeitados, assim existe uma orientação pressuposta do texto que não pode ser negada, que, caso contrário, cai-se na vala da discricionariedade, possibilitando dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O cerne da hermenêutica (fenomenológica) trabalhada por Streck, que a buscou em Gadamer e Heidegger, é que o texto só existe “normado” (significado). Nas palavras de Castanheira Neves, “a norma dá sentido ao texto” (STRECK, 2008, p. 289).

Afirma Gadamer, acompanhado por Streck, que a hermenêutica é filosófica (e não metodológica). Isso tem como consequência, juridicamente falando, a superação de um sistema não apenas baseado em regras, “fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os princípios, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por Kelsen e Hart).” (STRECK, p.4).

A verdade passa a ter um sentido prático, há, assim, condutas corretas e incorretas, afirmações corretas e incorretas, e, em face da Constituição, interpretações corretas (constitucionais) e incorretas (inconstitucionais).

A fim de encontrar o equilíbrio no Estado Democrático de Direito, ou seja, a razão ótima entre democracia e constitui-

onalismo, em face do engrandecimento da jurisdição constitucional, necessário um controle das decisões judiciais para que o juiz não substitua o legislador.

Como já tratado neste trabalho, Robert Alexy propõe uma distinção estrutural entre as espécies de normas, regras e princípios, a qual tem grande aderência nacional. Em consequência dessa diferenciação, na colisão entre princípios de direitos fundamentais, em razão de seu caráter ampliativo e abstrato, a solução se dá pelo procedimento da ponderação. Por outro lado, as regras de direitos fundamentais, de caráter restrito e objetivo, são aplicadas pelo procedimento da subsunção.

Propõe-se, diferentemente, com base nas lições de Streck, que a norma não tenha esse caráter semântico de Alexy, mas que seja o produto da interpretação do texto, isto é, “produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Norma é produto da aplicação. Lênio Streck ensina que, opostamente ao sugerido pela hermenêutica e sua normatividade oriunda da aplicação do direito ao caso concreto, “para realizar essa distinção (entre regras e princípios), o jusfilósofo (Alexy) afirma um conceito de norma que é a priori e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade.” (STRECK, 2008, 504).

Conclui-se do exposto acima que não há, nesse contexto contrário à Alexy e conectado à hermenêutica, conceito prévio de norma, nem anterior ao caso concreto. Assim, não existe um abismo entre texto e norma a ser preenchido pelo intérprete, pois a normatividade é retirada do caso concreto, é o que Lênio Streck afirma ser “a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios”, e não o contrário. Deve-se aclarar que não se trata de mera conjectura temporal, mas de uma exigência da hermenêutica que trata esses elementos como cíclicos e inter-relacionados.

(...) não há um conceito a priori de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma

é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, como componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: a norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico (STRECK, p. 505)

A distinção feita por Alexy traz alguns problemas no nível prático pela apreensão de resolver os casos concretos. Percebe-se, desde logo, que opostamente à solução buscada pela hermenêutica, a argumentação jurídica acredita em respostas prontas (regras com mandamento definitivo), porém se o caso se trata de um *hard case* busca solução a partir do caso concreto, hierarquizando aprioristicamente os princípios envolvidos.

Os princípios, em razão da distinção estrutural, ganham um poder olímpico no caso de não haver resposta definitiva no sistema, o que se observa com a tendência que existe na doutrina, jurisprudência e com o projeto de lei para incluir na Constituição o princípio da felicidade (se a questão é normatividade, qual a normatividade do princípio da felicidade?). Essa tendência é uma busca incessante de encontrar todas as respostas no sistema jurídico, o que se convém anotar como sistema autopoiético (LUHMANN, 2009), e, para tanto, a “criação” dos princípios é uma maneira simples, fácil, rápida e, aparentemente, aceitável para se decidir. Existe ainda outra mazela quando se percebe que os princípios, na teoria de Alexy, são aplicados por ponderação, realizada segundo o “convencimento do juiz”, ou seja, ponderação das vontades subjetivas. Deve se ter em definitivo: princípios não são valores.

Acrescenta-se a nota de que o Projeto-Lei do Novo Código de Processo Civil exclui o livre convencimento do juiz, por outro lado, contém dispositivo que permite a ponderação de normas (sic), no art. 489, §2º.

Interessante observar, já tratado do tema anteriormente neste trabalho, que a diferenciação primeira entre regra e princípio dada por Alexy é a semântica, a fim de resolver a dogmática

dos direitos fundamentais, eis que essa diferença se constitui da amplitude do dever-ser, ou seja, se o alcance (descritivo) da norma é restrito, trata-se de regra; já no caso de dever-ser ampliativo, trata-se de princípio.

Em interessante análise, contudo, infinitamente mais profunda do que aquela tentada neste trabalho, Lênio Streck, citando Friedrich Müller, afirma que “é necessário dar razão a Müller, quando entende superada a discussão entre ser e dever-ser no âmbito da ciência jurídica, a partir do momento em que se tomou consciência de que o problema é a concretização da norma e não da aplicação do texto da norma” (STRECK, 2008, p.517).

Lênio Streck tem contribuição importante ao tema anunciado. Para ele, o sentido da afirmação que princípios são normas, entende-se que

Os princípios possuem força normativa. Como todo princípio encontra sua realização em uma regra, é possível dizer que há uma espécie de sentido eficaz em um princípio. Desse modo, um possível “catálogo de princípio” seria em verdade reduzi-díssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudo-problemas não são princípio porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só são concretamente – vale dizer, na applicatio – é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito. Se é certo que os princípios são a história institucional do direito, eles não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo; eles não podem ser “criados” a partir de graus zeros de sentido (STRECK, 2008, p. 537).

A força normativa dos princípios não é encarada como a leitura textual do enunciado (como propõe Alexy). Ou seja, a normatividade do princípio não é retirada da interpretação de um texto. O caráter de princípio não está na grafia, assim não basta chamar de “princípio”. A igualdade não é princípio porque o art.

5º, I, CF, diz que é. Antes disso foi desejado um Estado Democrático de Direito, do qual igualdade é pressuposto fundante. E aí está o princípio, “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim assumida” (STRECK, 2008, p. 537). Por serem os princípios instituidores, fundadores e estruturantes do sistema, as regras derivam desses princípios.

A hermenêutica fenomenológica tem a pretensão, juntamente com as preleções da teoria integrativa de Dworkin, no contexto do pós-positivismo, de proteger o sistema jurídico das interpretações que desvalidam substancialmente a normatividade constitucional. Isso quer dizer, a fenomenologia aplicada à hermenêutica almeja “substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.” (STRECK, 2008, p. 544).

CONCLUSÃO

A superação do modelo de regras leva ao ingresso dos princípios no ordenamento. Ocorre que o constitucionalismo compromissório (aquele que define programas e ideais a serem cumpridos, de cunho social), com a implantação de programas sociais a serem cumpridos, fazem com que a teoria das fontes mude juntamente, já que regras e princípios trazem diferenças substanciais, superando, assim, o modelo de regras e, conseqüentemente, o modelo de subsunção.

A introdução do mundo fático ao direito se deve a necessária análise do caso concreto para daí se buscar uma resposta no direito, sem que se pressuponha uma resposta pronta. Existe um componente integrador capital que une todos os elementos

expostos nessa mudança paradigmática do neoconstitucionalismo: a mudança do caráter de Estado. O Estado não é mais apenas definidor de deveres e/ou promovedor de direitos, mas agente transformador da realidade. O Estado Democrático de Direito, por meio da jurisdição constitucional, se torna o protetor dos direitos fundamentais.

Não existe a possibilidade real de concordar texto e norma (sentido do texto). A cognição não permite abranger todas as hipóteses de aplicação dos textos. A melhor explicação é: não há como retirar do texto todas as normas. A solução proposta, a fim de impedir discricionariedades, é a busca por uma resposta correta, que é aquele adequada à Constituição.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de

- Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 17/02/2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil*, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- LUHMANN, N. *Introdução à Teoria dos Sistemas* [trad. Ana Cristina Arantes Nasser]. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *As razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.