

Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional

Between law and politics: creativity and “hermeneutical closure” in the exercise of constitutional jurisdiction

Rafael de Oliveira Costa*

Resumo

O presente estudo busca, ao atentar para a necessária reaproximação entre Direito e Ética na interpretação da norma, compreender o impacto das revelações trazidas pela hermenêutica constitucional e pela hermenêutica filosófica para o controle da atividade criativa do Direito, questão aqui escolhida para debate por representar, indubitavelmente, um dos grandes desafios hermenêuticos da contemporaneidade. Assim é que, à luz da função juspolítica do Supremo Tribunal Federal e dos ensinamentos da hermenêutica filosófica, procura-se estabelecer o “fechamento hermenêutico” e limites para a criatividade de juízes e tribunais, objetivando que sejam prolatadas decisões eticamente fundadas, argumentativamente legítimas e racionalmente adequadas ao princípio da separação dos Poderes, compatibilizando, no contexto do Estado Democrático de Direito, a concretização dos direitos fundamentais com o preceito que veda a atuação dos tribunais como legisladores.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Hermenêutica filosófica. Poder criativo do julgador.

Abstract

This study seeks, by attending to the necessary interaction between Law and Ethics in the interpretation of the rule, to understand the impact of the revelations

* Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Promotor de Justiça de São Paulo. Califórnia - Estados Unidos. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com

brought by Constitutional Hermeneutics and Philosophical Hermeneutics to control the creativity in Law, issue here chosen to be debated by representing one of the great contemporary hermeneutical challenges. Considering the juspolitical function of the Supreme Court and the lessons of Philosophical Hermeneutics, we establish limits to judges' creativity and to assure that decisions are ethically grounded, arguably legitimate and rationally appropriate with the Principle of Separation of Powers, matching , in the context of a democratic state, the realization of fundamental rights with the provision that prohibits the performance of courts as legislators.

Keywords: *Constitutional hermeneutics. Philosophical hermeneutics. Judges' Creativity power.*

1 Introdução

O presente estudo busca, ao atentar para a necessária reaproximação entre Direito e Ética na interpretação da norma, compreender o impacto das revelações trazidas pela hermenêutica constitucional e pela hermenêutica filosófica para o controle da atividade criativa do Direito. Mas o que isso significa?

Inicialmente, incumbe esclarecer que, na feliz definição de Heidegger (2006), pessoa não é coisa ou objeto: é unidade de corpo, alma e espírito, transitando e interagindo com o mundo que a rodeia, com os outros seres humanos com quem convive e com a sua própria individualidade, numa existência em permanente construção. Em outras palavras, a pessoa humana tem natureza transexistencial, na medida em que transita consigo e transita no mundo: a pessoa não apenas compreende, a partir de seus horizontes, os fatos a que assistiu, mas faz parte deles. “É neste possuir mundo que o ser humano é transexistencial.” (HEIDEGGER, 1979, p. 168).

Com efeito, cada ser humano é, a um só tempo, os “muitos seres” que o existir permite a sua abertura de horizontes. A dignidade humana resulta “[...] dessa possibilidade de uma existência pluridimensional e em transição; uma existência plúrima em potencialidades, ainda que finita”

(OLIVEIRA, 2013, p. 13). Finitude (morte) esta que não desconsidera a condição humana como perene construção de si, para si e para o mundo (OLIVEIRA, 2013, p. 13).

Assim, em que pese a individualidade de cada pessoa, o ser humano é um ser social, que vive no entorno de seus pares. Apenas na vida em sociedade a natureza humana se apresenta em toda sua potencialidade (SOUZA JUNIOR, 1978, p. 3).

A ordenação da mera coexistência dos seres humanos e a obtenção de objetivos comuns são elementos que explicam a natureza social do Direito. A sociabilidade do ser humano e a convivência constituem dados a partir dos quais podemos compreender a existência e a necessidade do Direito. (PECES-BARBA, 2000, p. 17)¹

Dentre as múltiplas análises que podem ser feitas da sociabilidade humana, dois aspectos se relacionam intimamente com o estudo da Ciência Jurídica: a Ética e a Política. A Ética porque atrai o ser humano para a virtude; a Política porque visa organizar a convivência na sociedade (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 24-25).

Enquanto ciência, o Direito é capaz de estabelecer um diálogo entre Ética e Política, pois, concebido como um instrumento social que busca assegurar a convivência harmônica na sociedade, permite fundir a organização social com a eterna busca pela virtude (RADBRUCH, 1953). Enquanto sistema, por sua vez, o Direito não perde a sua autonomia nem absorve os demais sistemas, o que inclui a Ética e a Política². Os três coexistem. No entanto, ao Direito é atribuído o papel

¹ No original: “*La ordenación de la mera coexistencia de los seres humanos y la obtención de objetivos comunes son elementos que explican la naturaleza social del Derecho. La socialidad del ser humano y la consiguiente convivencia constituyen el dato a partir del cual podemos comprender la existencia y la necesidad del Derecho.*”.

² Sobre a teoria dos sistemas, conferir LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I e II**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; LUHMANN, Niklas. The self-reproduction of law and its limits. In: **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990; LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: *No hay derecho*, Buenos Aires, ano 5, n. 11. ago./out. 1994; TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoiético**. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

de ajustá-los em uma dimensão social: ele é o substrato que possibilita a fusão do “ideal ético” com a “realidade política”, minimizando os efeitos dos conflitos sob a égide da juridicidade (REALE, 1990).

O Direito atua junto à Política para ordenar a sociedade, de modo que a maioria não aniquile os desejos da minoria, desrespeitando valores éticos sem os quais a sociedade não pode evoluir³. Assim, se o agir plural e a liberdade estão comprometidos no mundo moderno, porque “a força substituiu o poder, corrompendo o político” (ARENDR, 2004, p. 34), ao fornecer limites à atuação política, o Direito deve direcioná-la para a ética no agir (SANTOS, 2005).

Assim como ocorre com a Política, existem também pontos de interseção entre o Direito e a Ética. Não se trata de uma relação de absorção da segunda pelo primeiro. Absorvendo-a, acabaria por destruí-la. Se a Ética fosse plenamente positivada pelo Direito, perderia a sua dimensão peculiar, “juridicizando-se” – o que implicaria em colocar o Judiciário como detentor da última palavra não apenas sobre o que é o Direito, mas também daquilo que é ou não ético, tornando-se verdadeiro *superego da sociedade* (MAUS, 2002). O operador do Direito deve perceber que o fundamento ético engrandece o Direito, servindo como limite para sua atuação. Assim como o Direito não subsistiria sem um fundamento ético, na hipótese de uma “juridicização” de toda a Ética, o Judiciário acabaria por ditar os valores que deveriam ser seguidos pela sociedade, o que não pode prevalecer (COMPARATO, 2008).

Não bastasse a falência do aparato estatal, sob o argumento de se manter a ordem e a credibilidade na Justiça, o Supremo Tribunal Federal tem se imiscuído paulatinamente no âmbito tradicionalmente demarcado para a Política. O Poder Judiciário, então, passa a desempenhar uma

³ Na feliz síntese de Souza Júnior (2002, p. 33): “A Política, sem a iluminação Ética, sem um mínimo de Justiça, poderia facilmente degradar a relação mando-obediência em abominável opressão. Faltaria, mais além da simples segurança, um ideal transcendente de bem a orientar a ação das autoridades que detêm o mando. Do lado da comunidade, faltaria uma pauta de valores, aceita pela comunidade, fundamento de toda legitimidade, capaz de induzir uma obediência espontânea à autoridade.”

tarefa que diversas vezes excede suas atribuições, exercendo uma função criadora que não lhe é, ao menos sob a égide da concepção clássica da separação dos Poderes, precípua.

Por esse motivo, temas que relacionam Direito e Política têm sido recorrentes nas sessões do STF. O papel político e a consequente necessidade de legitimação democrática discursiva do Judiciário foram ressaltados em casos como a fidelidade partidária, a autorização de experiências científicas com células-tronco, a greve dos servidores público e a questão das ações afirmativas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal chegou a afirmar, ao decidir a ADPF nº 45⁴:

AADPF se mostra um instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de Políticas públicas, o que decorre da dimensão Política da jurisdição constitucional. 'E mesmo com a consciência de que em princípio o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízo de conveniência e oportunidade', parece 'cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais'.

Assim, não restam dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal exerce função política.

Não obstante isso é preciso deixar claro que o STF não pode deixar de observar os limites traçados pela Constituição. O constitucionalismo ocidental inaugurou uma tradição jurídica centrada na conquista histórica de direitos, garantias e deveres, individuais e coletivos. Se em um primeiro momento vigorava a concepção sociológica de Ferdinand Lassalle (1985, p. 17), para quem a Constituição real ou efetiva resultava da "[...] soma dos fatores reais de poder que regem uma nação", o que se busca com o constitucionalismo é exatamente o estabelecimento de

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 04 maio 2004.

limites para o exercício do poder. Em outras palavras, o que importa é o “controle” da subjetividade do julgador. Isso porque, no Estado de Direito, há uma expectativa de que todos os atos se conformem ao ordenamento jurídico, ressaltando a necessária complementariedade que deve existir entre o fenômeno político (poder efetivo) e o fenômeno jurídico (racionalização, contenção e legitimação normativa do poder). (OLIVEIRA, 2013). É preciso ponderar, nesse liame, que:

[...] os problemas de manutenção de sentido constitucional por intermédio da compreensão mecânica da normatividade ou do mero discurso semiótico cedem espaço para o realismo de ações concretas e dialógicas. A política democrática includente é que manterá a força constitucional, não a retórica idealista. Parece um equívoco histórico continuar crendo na autonomia de disposições libertárias: esta autonomia é construída no âmago da política, da construção e superação do conflito com o qual toda sociedade verdadeiramente democrática convive. (LIMA, 2006, p. 190).

No Estado de Direito, a norma a ser aplicada ao caso concreto não pode ser produto da subjetividade do julgador, mas deve obter o reconhecimento por parte da sociedade pelo convencimento racionalmente motivado de seus processos de elaboração e interpretação-aplicação. Mas quais são esses limites? A abrangência da atuação política do Supremo Tribunal Federal não é um dado pré-estabelecido. Ao contrário, a incursão na esfera política varia segundo o contexto de época (COSTA, 2013).

Assim sendo, os verdadeiros limites a serem traçados à atuação dos Tribunais não decorrem de princípios ou regras, como pretende fazer crer parcela da doutrina. (PAIXÃO, 2007). Ao contrário, os limites à atuação do magistrado só podem ser limites interpretativos, ou seja, limites hermeneuticamente estabelecidos para a contenção da subjetividade avassaladora do intérprete. Afinal, se o exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal torna efetivo o princípio da separação dos Poderes, contribuindo para que o arranjo institucional seja aquele buscado pelo constituinte, as “balizas” ou “métodos

interpretativos” estabelecidos para a exegese da Constituição são inevitavelmente solapados por argumentos fundados na interpretação dessas mesmas balizas ou métodos.

Considerando a importância dessas premissas, ocupa-se o presente estudo de estabelecer limites para a criatividade de juízes e tribunais, objetivando que sejam prolatadas decisões eticamente fundadas, argumentativamente legítimas e racionalmente adequadas ao princípio da separação dos Poderes, compatibilizando, no contexto do Estado Democrático de Direito, a concretização dos direitos fundamentais com o preceito que veda a atuação dos tribunais como legisladores. Trata-se de pesquisa que faz uso do raciocínio *hipotético-dedutivo*, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), permitindo concluir que a abertura interpretativa só encontrará barreiras efetivas no “fechamento hermenêutico”.

Passemos à sua concretização.

2 Racionalidade e legitimidade no ato de julgar

Na busca pelo fechamento hermenêutico, deve ficar claro que uma decisão não é racional em si, uma vez que a racionalidade da decisão não é uma característica dela mesma (MARINONI, 2006). A racionalidade da decisão decorre da possibilidade de sua verificação para que seja legítima, permitindo ao jurisdicionado que contribua e influencie efetivamente na sua construção (princípio do contraditório). Para tanto, necessita da racionalidade da argumentação. Argumentação essa que tem seu ápice na norma de decisão (MÜLLER, 2000). Apenas quando logicamente fundamentada é que a norma geral da decisão encontra a racionalidade na sua aplicação (MARINONI, 2010). Assim, a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que possam ser racionalmente expostos e que permitam a sua legitimação pelo procedimento que a antecede e pelo seu conteúdo (PERELMAN, 2005; ALEX, 2005). Por esse motivo, o que está em jogo já não é o mero contraste entre as diferentes interpretações – expressamente

admitido pelo ordenamento, na medida em que confere poder criativo ao julgador –, mas sim a legitimidade mesma da hermenêutica, enquanto hermenêutica, e da própria decisão. Em outras palavras, o problema da interpretação passou a ser o problema do fazer interpretativo (função criativa do Direito) e a legitimidade do interpretar (STRECK, 2006).

Assim sendo, a legitimidade é extraída do caso concreto, mais especificamente do discurso processual das partes (verdade processual), devidamente motivado, publicizado e amparado na independência funcional do julgador. Eis aí a importância da vinculação dos precedentes, permitindo a aproximação da norma geral do caso concreto com a norma criada pelo legislador. Entretanto, a circunstância de a norma geral do caso concreto ter de ser fundamentada decorre da necessidade de se dar legitimidade à decisão, dado o déficit de legitimidade originária que caracteriza o poder jurisdicional (MARINONI, 2009).

Assim, a fundamentação não diferencia a norma judicial da legislativa no que diz respeito às suas essências – ambas constituem manifestação positiva do Direito –, mas no que toca a aspectos que lhes são necessários à sua legitimação. (MARINONI, 2009, p. 46).

Não obstante, as teorias argumentativas pretendem, desconsiderando os ensinamentos da hermenêutica filosófica, colocar a ponderação como modo de solucionar os conflitos normativos. A título de exemplo, Alexy apresenta a lei da colisão (subsunção – regras – e ponderação – princípios), como forma de solucionar a discricionariedade na aplicação da norma⁵. Ora, a ponderação de princípios vem a ser o

⁵ Aduz Alexy (2005) que as regras são normas que exigem cumprimento pleno, e, por isso, só podem ser cumpridas ou não, segundo a lógica do tudo ou nada. Segundo o autor, os princípios, ao contrário, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, constituindo mandados de otimização. “O ponto decisivo para a 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 reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos”.

mecanismo exterior que mascara a verdadeira problemática, ou seja, a de que não existem meios para contenção do fazer interpretativo. Em outras palavras, a regra da ponderação desconsidera as conquistas obtidas pela teoria gadameriana, pretendendo solucionar o problema da interpretação através da aplicação de um método (GADAMER, 1997).

Contudo, não é possível afirmar, antes da análise do caso concreto e das circunstâncias fáticas, que um determinado método de interpretação constitucional possa apresentar uma solução pronta e acabada (GADAMER, 1997). Tudo vai depender da norma a ser interpretada e da realidade concreta subjacente à atividade interpretativa, em observância ao necessário controle da criatividade judicial e da busca pela legitimação da decisão (pela sua forma e pelo seu conteúdo). Os métodos não são uma resposta para uma interpretação constitucionalmente adequada, mas meras diretivas⁶.

No entanto, embora a interpretação constitucional possa ser criadora, não pode jamais pretender alterar a substância do texto normativo – pois isso equivaleria a realizar, de forma ilegítima, uma emenda constitucional, violando, por conseguinte, a necessidade de aprovação pelo Poder legitimado para tanto (Legislativo). Pensar que a adoção de um método pode extirpar toda a influência da subjetividade do intérprete é desconsiderar as recentes conquistas na seara da hermenêutica (GADAMER, 1997).

Ora, a hermenêutica filosófica demonstra que decifrar o sentido dos textos é decifrar a própria compreensão humana. (COSTA, 2009). Portanto, a interpretação adequada depende da percepção da própria compreensão, sem desconsiderar o princípio do livre convencimento

⁶ Segundo Gadamer (1997, p. 631): “No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do método, mas não o da ciência. O que o instrumental do método não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade”.

motivado, a ausência de neutralidade do julgador⁷ e a sua atividade criativa ao dizer o Direito.

Nesse contexto, é preciso repensar o problema da criatividade e da responsabilidade das decisões judiciais sob a ótica da hermenêutica fenomenológica, inaugurando um novo enfoque, que prioriza o questionamento acerca do próprio processo de tomada de decisão (não mais limitado ao estudo de métodos adequados para a descoberta do verdadeiro sentido da norma).

Considerando a importância dessa mudança de paradigma, devemos focar nossos estudos no impacto das revelações trazidas pela hermenêutica filosófica para a criatividade nas decisões judiciais, questão aqui escolhida para debate por representar, indubitavelmente, um dos grandes desafios jurídico-filosóficos da contemporaneidade.

Assim, embora o método não seja suficiente para garantir a correção de uma decisão, faz-se necessário uma adequada compreensão do processo de tomada de decisão e do próprio ato de compreender, objetivando delimitar “a vontade criadora” daqueles que interpretam o texto normativo, papel atribuído precipuamente à hermenêutica filosófica. O ato interpretativo não é uma atitude solipsista e subjetiva do intérprete, mas encontra-se assentado na intersubjetividade (MEGALE, 2007).

Desse modo, as pré-compreensões do intérprete não permitem uma atribuição arbitrária de sentidos aos textos, assim como o estabelecimento de métodos não resistem à viragem linguístico-ontológica.

⁷ Não se pode confundir neutralidade com imparcialidade. Ninguém é neutro, porque todos os seres humanos são dotados de medos, traumas, preferências e experiências. Por outro lado, o que não se aceita é aquele juiz que tem interesse no litígio e não trata as partes com igualdade, garantindo o contraditório efetivo. Em outras palavras, o ativismo judicial não implica, necessariamente, em violação à imparcialidade do julgador, desde que a decisão, devidamente fundamentada, seja pautada no contraditório efetivo.

Mas como estabelecer bases teóricas para a contenção da subjetividade do intérprete? Quais os limites ao exercício da atividade criativa exercida pelo Poder Judiciário?

III – Em busca do “Fechamento hermenêutico”

O juiz, enquanto intérprete da Constituição e da legislação infraconstitucional, responde perante a sociedade pelo exercício da sua função, assumindo o compromisso de exercê-la segundo o ordenamento jurídico. A divergência sobre qual deva ser o melhor sentido da norma jurídica faz parte do discurso jurídico, mas lhe é essencial que o direito permaneça “confiavelmente previsível” (VIDAL, 2003, p. 8).

Portanto, certa indeterminação na interpretação do direito e a sua previsibilidade são garantias do Estado Democrático de Direito, permitindo que o jurisdicionado saiba como deva agir (VIDAL, 2003, p. 8). O intérprete deve perceber, no entanto, que a imprevisibilidade nas decisões judiciais e a indeterminabilidade na interpretação do Direito são fenômenos distintos (VIDAL, 2003, p. 8). A indeterminabilidade na interpretação do Direito faz parte do próprio fenômeno jurídico e deriva da complexidade da normatização de condutas, o que não pode impedir que o destinatário da norma tenha condições de conhecer o que pode e deve fazer para agir em conformidade com o ordenamento jurídico. (VIDAL, 2003, p. 8; COSTA, 2009).

Contudo, após a ruptura provocada por Heidegger na doutrina de Husserl, Dilthey e Schleiermacher, o ato interpretativo está assentado na intersubjetividade (MEGALE, 2007). O ato de julgar não pode ser reduzido à “consciência do intérprete”, como se o limite fosse a própria subjetividade, sem qualquer espécie de controle pelo jurisdicionado (MEGALE, 2007). Não se trata de questionar a existência de uma liberdade interpretativa do magistrado face aos “vários sentidos” de uma norma. Indubitavelmente, existe uma esfera de “liberdade” ao interpretar o texto. Cuida-se, ao contrário, de buscar as condições de controle das decisões judiciais e do poder criativo, sem que a decisão seja um

ato de vontade, produto do “poder” atribuído ao julgador. Em outras palavras, segundo os ensinamentos da hermenêutica fenomenológica, o uso da “convicção pessoal do juiz” como fundamento para a prática de arbitrariedades na prolação da decisão deve ser afastado da função jurisdicional.

Vale destacar que duas posições doutrinárias enfocam filosoficamente as condições e possibilidades de estabelecimento de limites interpretativos para a norma: o decisionismo e o não decisionismo.

Correndo o risco de exagerar na simplificação, o “decisionismo” é um modo de decidir a partir de um ato de vontade, ficando a lei em plano secundário. Kelsen (2006) admite que o juiz, na condição de intérprete, detém certa liberdade interpretativa dentro da moldura da norma – ou até mesmo fora da moldura. É o chamado *giro decisionista*: o intérprete possui liberdade não apenas para escolher alguma das interpretações possíveis “dentro da moldura trazida pela norma”, mas também a faculdade de criar direito novo não estritamente dentro dessa moldura.

A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2006, p. 397).

Em suma:

Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (KELSEN, 2006, p.392).

Em Hart, isso fica claro no plano da discricionariedade. Isso porque, quando alguém encarregado de tomar uma decisão pode fazê-lo sem obediência a qualquer limite imposto por uma autoridade superior, estará agindo com “poder discricionário no sentido forte”. Segundo Hart,

o problema está em fixar o limite entre a discricionariedade daquele que decide e a prática de arbitrariedades (HART, 1996).

Dworkin (1999) advoga, por outro lado, a possibilidade de que a decisão seja avaliada criticamente, já que o juiz tem o compromisso de julgar segundo a integridade e a coerência do Direito, afastando o decisionismo. Assim, em contraposição à doutrina do poder discricionário, Dworkin (1999) passou a sustentar a existência de uma “única resposta correta” (*the one right answer*). E qual seria a única decisão correta para um determinado caso? Segundo Dworkin (1999), seria aquela que resolve a dupla exigência que se impõe ao juiz: fazer com que a decisão se harmonize com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a justifique conforme a moral política da comunidade. Essa “blindagem” contra discricionarismos, segundo Dworkin (1999), é imanente ao Estado Democrático, uma vez que não se pode admitir juízes com ampla discricionariedade para decidir os “casos difíceis”.

Contrariamente, Habermas (1997, p. 252) sustenta que a proposta de Dworkin não é adequada para a maioria das democracias contemporâneas. Em primeiro lugar, porque Dworkin aposta em um juiz altamente qualificado – seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais (HABERMAS, 1997, p. 252). Em segundo lugar, porque em um contexto histórico-social de crise, a teoria de Dworkin se torna inviável, uma vez que:

[...] a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. (HABERMAS, 1997, p. 252).

Deslocando a discussão para o plano da compreensão, a partir de Heidegger a hermenêutica passou a desempenhar um papel fundamental, relacionando-se com as condições prévias da interpretação de textos e com todo o pensamento humano.

O jusfilósofo reelabora a relação entre “compreensão” e “interpretação”, dando primazia existencial à primeira, ao afirmar que “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender” (HEIDEGGER, 2006 p. 78). Em outras palavras, Heidegger deixa claro que o sujeito solipsista da filosofia da consciência, ou seja, aquele juiz que “*decide conforme a sua consciência*”, viola a Constituição (HEIDEGGER, 2006; MEGALE, 2007). O solipsismo, fundado na concepção de que a compreensão pode estar fundada em estados de experiência pessoal, sem estabelecer uma relação direta entre a subjetividade e a compreensão para além do sujeito, admite que um Eu conhece e controla o Mundo. (HEIDEGGER, 2006).

Quando a compreensão se dá em estados de experiência do próprio ego transcendental, sem estabelecer uma relação direta entre esses estados, desconsidera a indispensável existência de mais de uma consciência para que seja possível o diálogo, tornando-se uma “compreensão ilegítima” (MEGALE, 2007). Assim, Heidegger (2006), buscando superar Schleiermacher, Dilthey e Husserl, desloca a questão da hermenêutica para uma nova ontologia, na qual o ser é pensado não mais como ente absoluto, mas, sim, enquanto abertura interpretativa limitada pela própria condição humana. (MEGALE, 2007).

Desse modo, com a passagem para a fenomenologia, a consciência transcendental desvincula-se dos objetos do mundo empírico, apesar de não ignorá-los na tarefa da compreensão. (HEIDEGGER, 2006). Essa a grande contribuição da fenomenologia para a hermenêutica filosófica: a reflexão crítica e analítica, “excluindo previamente toda dúvida imaginável como desprovida de sentido” (MEGALE, 2007, p. 55). Permite, portanto, que o magistrado faça uma análise do caso como fenômeno puro, indagando sobre o próprio fundamento da norma e a sua razão de ser. Em outras palavras, trata-se de conhecer a própria subjetividade e as circunstâncias do caso concreto, evitando que “influências subjetivas” e pré-conceitos ilegítimos acabem por deturpar a interpretação da norma, tornando a decisão produto dos anseios e da subjetividade do julgador.

Portanto, a fenomenologia possibilita ao magistrado, nos processos de tomada de decisão, desprender-se de seus pré-conceitos e realizar uma crítica da própria consciência para, na pureza da consciência, realizar um julgamento o mais imparcial possível – embora não seja neutro –, desvinculando-se de seus pré-conceitos (MEGALE, 2007). Com isso, o método deixa de ser fator determinante para chegar à verdade. Opõe-se a verdade ao método, na medida em que este não é requisito para se chegar àquela (COSTA, 2009).

Desse modo, como já assinalamos, ao proceder ao que ficou conhecido como *virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem*, Gadamer, partindo dos ensinamentos de Heidegger, provoca uma verdadeira revolução, relativizando a indispensabilidade do método como meio para se chegar à verdade e colocando ênfase no próprio fato, numa crítica fundamental à obsessão metodológica (COSTA, 2009). Em *Verdade e Método*, aduz:

Não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais, que conseguissem descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou até guiá-lo. Minha intenção também não foi investigar o fundamento teórico do trabalho das ciências do espírito, a fim de transformar o conhecimento usual em conhecimento prático. (GADAMER, 1997, p. 14).

Sua verdadeira pretensão é filosófica: “O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece” (GADAMER, 1997, p. 15).

Se até então o historicismo acreditava que a distância no tempo seria uma barreira que impossibilitava a compreensão, Gadamer (1997) demonstra que, ao contrário, essa distância no tempo é o fator que permite a compreensão. O tempo não é um obstáculo para compreender o passado. Só quando as coisas se captam na distância temporal é que podem ter seu verdadeiro sentido compreendido.

Dessa maneira, a interpretação de um texto supera seu autor, porque se trata de um comportamento produtivo, e não apenas reprodutivo. Não se pode, portanto, falar em “verdade” na interpretação como se fosse um dado pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialogicamente pelo intérprete com o texto (GADAMER, 1997).

Assim, pretender que o julgador possa realizar uma interpretação “efetivamente objetiva” significa não ter percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetual do texto). Isso porque a compreensão e a “cientificização da hermenêutica” não conseguem simplesmente ultrapassar a condição histórica do intérprete (GADAMER, 1997).

Por este motivo é que não interpretamos para compreender, compreendemos para interpretar ou aplicamos após compreender: compreensão, interpretação e aplicação são aspectos de um fenômeno uno (GADAMER, 1997).

Assim, a linguisticidade representa o elemento universal da hermenêutica, pois “[...] o ser que pode ser compreendido é linguagem.” (GADAMER, 1997). Para a hermenêutica fenomenológica heideggeriana, torna-se indispensável a ruptura com o subjetivismo em prol de um contexto intersubjetivo de fundamentação da decisão. Isso porque, se qualquer significado que se atribua a um ente é, em verdade, uma interpretação do ente, um ente só pode compreender segundo a sua abertura criativa para o mundo (MEGALE, 2007). Nessa dimensão, a verdade hermenêutica, ao contrário da concepção tradicional de verdade, é a própria “abertura de horizontes do próprio ente”, construída, no processo, a partir da intersubjetividade (princípio do contraditório efetivo) (HEIDEGGER, 2006).

Mas como garantir que a verdade hermenêutica não seja, na tarefa de julgar, produto da discricionariedade? Conforme assinalamos anteriormente, a utilização de métodos não é suficiente para garantir a “adequação” da interpretação.

Contudo, o jurisdicionado faz jus a uma decisão legítima e devidamente fundamentada. A decisão só será legítima se, além de proferida por aquele investido da atribuição de julgar, considerar as decisões anteriores, ou seja, se estiver fundamentada “*nas decisões políticas do passado*”⁸. Como bem assinalado por Motta (2010), só é possível atingir um grau mínimo de coerência ao prolatar uma decisão se levarmos em consideração a busca por um mínimo de *integridade política*. Mas qualquer “integridade política”? Obviamente que não. A “integridade política” deve ser entendida como a necessidade de que o Estado atue de modo coerente perante os cidadãos, estendendo a todos os mesmos “padrões fundamentais de justiça”. Em outras palavras, trata-se de uma “virtude política”, uma “exigência específica da moralidade política de um Estado”, que deve tratar os indivíduos com igual “consideração e respeito” (DWORKIN, 1999; MOTTA, 2010).

Para tanto, cada juiz deve analisar, na pureza da consciência fenomenológica, sua própria interpretação, perguntando-se se poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisional e evitando que o princípio da íntima convicção seja sinônimo da subjetividade avassaladora do intérprete (MOTTA, 2010). É preciso testar a validade da norma geral do caso concreto (MÜLLER, 2000) em relação à sua aplicação para todos os casos semelhantes (*universalização da argumentação*), legitimando a decisão pela sua forma e pelo seu próprio conteúdo (MOTTA, 2010).

Nesse sentido, a Suprema Corte Norte-Americana vem reiteradamente sustentando a importância da justificação na superação dos precedentes judiciais. Assim, não apenas o princípio do *stare decisis*

⁸ “*Studying legal reasoning shows us that ‘the law’ does not substitute for politics, it is politics. Unless the parties agree that ‘the law’ automatically resolves a case, the judge will make and defend choices. That is, the judge uses his or her political power to change people’s lives.*” (CARTER; BURKE, 2007, p. 21).

contribui para garantir a previsibilidade nos sistemas de *Common Law*, mas também a justificação da decisão se mostra indispensável na superação do precedente (*overruling*), em nítida expressão da concepção gadameriana de espiral hermenêutica.

Destarte, o intérprete não pode simplesmente ignorar os precedentes, mas deve perceber que desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais e atribuir estabilidade às relações jurídicas. Por este motivo, MacCormick (2005, p. 188) sustenta que a fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um tribunal para o outro.

Conclui-se, assim, que a decisão não será legítima pelo simples fato de o julgador competente sustentar que dada norma deve incidir sobre um caso. Isso porque o intérprete não poderá escolher “livremente” o sentido que lhe pareceu adequado, mas, ao contrário, deverá indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos sentidos possíveis da norma, universalizando o decidido para todos os casos similares e legitimando a decisão (em razão da competência que lhe foi atribuída e pelo seu próprio conteúdo). (MOTTA, 2010).

Em suma, a decisão, para ser legítima, não pode depender da subjetividade do intérprete. Os sentidos não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma, desvincilhando-se da intersubjetividade e das decisões anteriores. A decisão correta para um dado caso deve ser “universalizável” (norma geral da decisão) e legítima (pela sua forma e conteúdo), afastando a subjetividade daquele que decide (MOTTA, 2010).

Não bastasse, a norma aplicada deve, também, ser legítima, uma vez que devidamente aprovada pelo órgão competente, segundo os ditames da Legística Material (COSTA, 2016). Ora, a indeterminabilidade na interpretação, fruto da subjetividade do julgador, acaba por confundir a atividade jurisdicional com a legislativa, o que não pode prevalecer, sob pena de acabarmos com a ideia de ordenamento jurídico, com a

pretensão de “universalização” do Direito e com a própria legitimidade das decisões (MOTTA, 2010).

Destarte, a subjetividade não cria o próprio objeto do conhecimento: o salto heideggeriano – demonstrando que a filosofia é hermenêutica – e gadameriano – demonstrando que a hermenêutica é filosofia – ressalta exatamente que nenhum método irá afastar a influência da subjetividade e que a decisão, quando não decorre da intersubjetividade, é ilegítima (STRECK, 2006).

No paradigma da filosofia da linguagem, a intersubjetividade instaurada pela fenomenologia exige que, no interior da própria compreensão, seja feito um rígido controle hermenêutico (MEGALE, 2007). Em outras palavras, a hermenêutica filosófica não admite uma interpretação arbitrária, pois: “[...] a continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima”. (STRECK, 2003, p. 212).

Assim é que, a partir da percepção da importância de limites no compreender humano é que se poderá absorver o entendimento do diálogo entre o intérprete e o texto (GADAMER, 1997). Aparece aqui a necessidade de delinear a tarefa de justificação da interpretação, pois é essa justificação que vai dar o tom de racionalidade e legitimidade (pelo conteúdo) à norma geral da decisão.

Nesse liame, faz-se necessário trazer para o Direito as conquistas da fenomenologia, retirando do intérprete o poder de dispor do próprio objeto do conhecimento e combatendo a subjetividade avassaladora de cada julgador (STRECK, 2006). Conforme bem ressaltado por Streck, se o método, para o paradigma da filosofia da consciência, é sinônimo da subjetividade avassaladora no ato de julgar, a sua superação, com Gadamer, não quer dizer que qualquer sentido possa ser atribuído à norma (STRECK, 2006).

Nesse diapasão, o procedimentalismo e o substancialismo apresentam-se como correntes de tradições filosóficas que pretendem

superar o paradigma da filosofia da consciência na aplicação da Constituição. As duas posições se diferenciam porque, de um lado, adota-se uma concepção formal ou procedimental de democracia, baseada na fundamentação de discursos e, de outro, uma concepção material ou substancial, buscando compreender fenomenologicamente a norma (STRECK, 2006).

Assim, o procedimentalismo critica a invasão da Política pelo Direito, pretendendo ultrapassar a distinção entre as duas esferas pela via da teoria do discurso (HABERMAS, 1997). Para os defensores dessa primeira corrente, o Tribunal Constitucional não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores, mas zelar para que o julgador possa estabelecer um entendimento sobre a natureza do problema e a forma de sua solução (HABERMAS, 1997).

De outro modo, o substancialismo vincula à noção de Estado o conteúdo material, sustentando a importância da efetivação dos direitos fundamentais.

Segundo entendemos, contudo, nenhuma dessas concepções oferece uma solução satisfatória para a temática. Isso porque uma compreensão do processo que pretenda efetivar os ensinamentos da fenomenologia deve harmonizar duas noções aparentemente inconciliáveis. Conforme já ressaltamos, o constitucionalismo moderno deixa como legado um fundamento conteudista e procedimental, na medida em que busca o desvelamento da condição humana.

Assim, em primeiro lugar, é preciso que o processo propicie acesso a uma ordem jurídica coerente e íntegra (MOTTA, 2010). Em segundo lugar, o processo deve viabilizar a efetiva participação, assegurando que as partes atuem, *concretamente*, na construção do provimento jurisdicional (MOTTA, 2010). Em terceiro lugar, a norma a ser aplicada ao caso concreto deve ser legítima, seguindo as premissas estabelecidas pela Legística Material e as formalidades fixadas pela Legística Formal.

Em quarto lugar, o fechamento hermenêutico passa pela percepção de que a decisão judicial não pode ser produto da opinião pessoal do juiz e o processo deve se desenvolver de modo participativo, sem que isso implique em violação ao princípio da imparcialidade (MOTTA, 2010). Nem se venha argumentar que a ponderação de interesses seja um critério válido para a solução do problema. Isso porque, por meio da ponderação, retornamos ao problema da discricionariedade judicial. Conforme já assinalamos anteriormente, a norma a ser aplicada ao caso concreto não pode ser produto da subjetividade do julgador, mas deve ser capaz de obter o reconhecimento por parte da sociedade pelo convencimento racionalmente motivado de seus processos de elaboração e interpretação-aplicação.

Por essa razão, defendemos que a justificação do ato jurisdicional seja “completa” e a decisão seja legítima (pela sua forma e pelo seu conteúdo). Em outras palavras, ao decidir, o julgador competente deve não só demonstrar logicamente a posição à qual se filiou, mas deve também elucidar as razões pelas quais recusou a versão oposta. Em assim sendo, a argumentação só será “convicente” na medida em que, além de “completa” (GÜNTHER, 2004) – ou seja, que venha a afastar todos os argumentos relevantes trazidos nos autos –, seja compartilhada pelos demais sujeitos processuais, demonstre efetivamente a distinção existente entre o caso em apreço e os precedentes existentes e seja universalizável (MOTTA, 2010). E isso porque o senso de legitimidade das decisões judiciais depende do reconhecimento recíproco entre dois polos de tensão: o Estado e a sociedade. Quanto maior o reconhecimento entre esses dois polos, maior será a legitimidade da decisão. Em outras palavras,

[...] é necessário deixar claro que o senso comunicante do reconhecimento do poder não pode jamais ser imposto ou exigido (heteronomia), pois o reconhecimento, para fins de legitimação do poder (menor tensão pelo maior reconhecimento recíproco) pressupõe um ânimo de aceitação/adesão pela conscientização. (MOTA, 2010, p. 306).

Em suma, a norma deve ser legítima, formal e materialmente, em seu processo de elaboração e aplicação⁹.

3 Conclusão

Segundo entendemos, toda interpretação e aplicação do Direito que se pretenda hermenêutico-constitucionalmente adequada não pode ficar depositada nas mãos de um *juiz-protagonista* (MOTTA, 2010). Em outras palavras, nem o procedimentalismo, nem o substancialismo: o julgador deve atuar nos limites do direito à jurisdição hermenêutico-constitucionalmente adequada do jurisdicionado, compatibilizando a observância ao procedimento com o conteúdo da decisão.

Para tanto, é preciso estabelecer o fechamento hermenêutico buscando não só a) fixar condições para a realização de um controle da interpretação constitucional, mas também b) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever do magistrado, c) que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição, com condições para aferir se a decisão é ou não constitucionalmente adequada (HÄBERLE, 1997), d) que a decisão seja passível de universalização, respeite os precedentes existentes e se legitime (pela sua forma e pelo seu conteúdo), em razão da racionalidade que a embasa, e) que não seja produto de resultados pré-concebidos pelo julgador, f) que oportunize o efetivo poder de convencimento ao jurisdicionado (princípio do contraditório efetivo), g) que seja passível de controle (*accountability* – e.g., recursos, controle de constitucionalidade, entre outros), h) que seja fruto da participação da maior pluralidade possível de segmentos sociais (LUHMANN, 1980) e, por fim, g) que o intérprete atue segundo uma “ética hermenêutica” (COSTA, 2013).

⁹ Nesse sentido, é importante ressaltar: “A legitimidade exigível na forma diz respeito a quem elabora a norma ou pratica o ato e como o consenso pode ser obtido na elaboração da norma ou na realização do ato. Na democracia, o consenso deve resultar da participação e da expressão da maior pluralidade possível de segmentos sociais. A legitimidade quanto ao conteúdo revela-se no dever de a norma ou o ato não contrariarem o senso comunicante do que é juridicamente ‘devido’ na democracia, qual seja, o senso do justo-jurídico. Entretanto, na sociedade plural e complexa, o senso do juridicamente devido é a tolerância à diferença” (OLIVEIRA, 2013, p. 314).

Essas conclusões, ainda que pareçam simples, elucidam que o Direito deve, antes de tudo, “controlar” as decisões, limitando a influência dos demais sistemas (como a Moral, a Economia e a Política) e do próprio sistema jurídico (os próprios julgadores e as suas subjetividades).

Em suma, a comunidade jurídica possui um considerável conhecimento acumulado sobre a função legislativa e jurisdicional. Ela também possui a criatividade e a habilidade para oferecer novas soluções para problemas que assolam o fenômeno jurídico. Mas a comunidade jurídica precisa desejar correr os riscos associados com a exploração de novos horizontes. Não se sabe o quão longe os investimentos nesses riscos nos levarão. Mas é certo que não iremos a lugar algum se os evitarmos.

Referências

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. **Doxa:** Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 5, p. 139-151, 2001.

_____. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARENDT, Hannah. **O que é política:** fragmentos das obras póstumas. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles.** Trad. de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emílio. **Teoria generale della interpretazione.** Milano: Giuffrè, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

CANNARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Trad. de Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina: Coimbra, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Cómo nace el derecho**. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

CARTER, Lief H.; BURKE, Thomas F. **Reason in Law**. New York: Pearson Education, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. Trad. de Juliana Neuenschwander. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 39, p. 169-189, jan./jun. 2001.

COSTA, Rafael de Oliveira. **A criatividade e a responsabilidade no ato de julgar**: aportes da hermenêutica fenomenológica para a jurisdição constitucional. 2013. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio da função juspolítica pelos tribunais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Paraná, v. 61, p. 69-84., 2016.

_____. **Segurança jurídica e hermenêutica constitucional: horizontes jusfilosóficos da previsibilidade das decisões judiciais**. 183

f. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DILTHEY, Wilhelm. **L'édification du monde historique dans les sciences de l'esprit**. Trad. de Sylvie Mesure. Paris: Les Éditions du Cerf, 1988.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Heurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Landy, 2004.

_____. **The sense of appropriateness: application discourse in morality and law**. Albany: Sunny Press, 1993.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. **Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus, 1999.

HART, Hebert. **O conceito de Direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. O que é Metafísica? In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 35-44.

_____. **Ser e tempo**. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. **Teoria general del Estado**. 2. ed. Trad. de Fernando de Los Rios Urruti. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus Executivo/ Legislativo: O dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 185-191, fev. 2006.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. **No hay derecho**, Buenos Aires, ano 5, n. 11, ago/out, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. **Sociologia do Direito I e II**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985.

_____. The self-reproduction of law and its limits. In: _____. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. **Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning.** New York: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 49, 2009. p. 11-58.

_____. Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1182, set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8847>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

_____. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v 2.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional:** discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2002.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. O induzimento como forma de violência e injustiça no processo juspolítico: A premência da educação, janela de esperança para a lucidez. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p. 98, 2010.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Fenomenologia e hermenêutica jurídica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Hermenêutica jurídica:** interpretação das leis e dos contratos. 327 f. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010. (Coleção Lenio Luiz Streck).

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada**: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

PAIXÃO, Leonardo A. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de teoría del Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. de Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1953. v. 1.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Trad. de Celso Reni Braida. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A crise da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **A supremacia do Direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: editado pelo autor, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em época de crise do Direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Hendu**: Revista Latino-Americana de Direitos Humanos, Belém, v. 1, n.1, p. 93-105, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/download/374/603>>. Acesso em: 7 mar. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VIDAL, Marcelo Furtado. **A interpretação e o (im)previsível**: estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

Recebido em: 20/03/2015

Aprovado em: 23/10/2015