

FACULDADE MERIDIONAL – IMED

**Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*
em Direito, Democracia e Sustentabilidade.**

MESTRADO EM DIREITO

Rodrigo Blum

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTRA LEGEM:
REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DA DECISÃO
JUDICIAL**

Passo Fundo

2017

Rodrigo Blum

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTRA LEGEM:
REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DA DECISÃO
JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade Meridional, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade, Linha de Pesquisa Fundamentos do Direito e da Democracia, sob a orientação do Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes.

Passo Fundo

2017

Autor: RODRIGO BLUM

Título: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTRA LEGEM: REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – da Faculdade Meridional – IMED, em sua área de concentração em Direito Democracia e Sustentabilidade, Linha de Pesquisa Fundamentos do Direito e da Democracia, e aprovada pela banca examinadora.

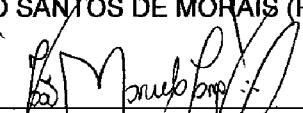
Passo Fundo, RS, 11 de agosto de 2017.



PROF. DR. MÁRCIO RICARDO STAFFEN (PPGD-IMED) - Coordenador



PROF. DR. FAUSTO SANTOS DE MORAIS (PPGD-IMED) - Presidente



PROF. DR. JOÃO MARCELO LANG (UNOESC) - Membro



PROF. DR. JOSÉ CARLOS KRAEMER BORTOLOTTI (IMED) - Membro

CIP – Catalogação na Publicação

B658a BLUM, Rodrigo

Argumentação jurídica *contra legem*: reflexões sobre a legitimidade da decisão judicial/ Rodrigo Blum. – 2017.

154 f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade IMED, Passo Fundo, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes.

1. Estado constitucional. 2. Legitimidade. 3. Poder (Direito). I. Moraes, Fausto Santos de, orientador. II. Título.

CDU: 342.4

Catalogação: Bibliotecária Angela Saadi Machado - CRB 10/1857

RESUMO

Como se legitimam as decisões *contra legem* no Estado Constitucional? Os adeptos da legislação como fonte única e autêntica do Direito, em geral, não admitem que as decisões judiciais produzam regras de direito contrárias à lei, e que sejam concomitantemente dotadas de coeficientes de legitimidade democrática. Contra essa orientação política, que funda a legitimidade das normas jurídicas em dados aritméticos e metafísicos, como maioria e minoria, e em ficções, como a representação da soberania popular pelo Legislativo, encarnação de uma suposta vontade geral orientada ao bem comum, erige-se uma nova Teoria da Decisão no Estado Constitucional, que contempla o afastamento casuístico da legislação com fulcro em princípios jurídicos, postulados normativos e argumentos de justiça. É certo que o Poder Legislativo é importante, mas não menos importante é a observação crítica e ponderada de fatos, valores e normas levada a efeito pelos juízes, em um sistema processual dialético que privilegia a informação processual em contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. O Judiciário constitui um espaço privilegiado para a produção e a reprodução do Direito, em um sentido democrático, sujeitando-se os juízes ao império da Constituição e da legalidade, mas também à Justiça e à Responsabilidade Democrática. Nesse contexto, o princípio da Separação de Poderes passa por uma expressiva mutação, no âmbito material e processual, bem como no domínio da dogmática jurídica, o que permite afirmar ser este um princípio em transformação. A antiga doutrina da vinculação à lei é substituída por uma abrangente vinculação ao Direito e aos precedentes, orientando-se pelo princípio conglobante da juridicidade, consequência da função normativa exercida pelos Tribunais. A crise da Lei, acompanhada de uma crise do Estado e das Instituições, vai permitir a adoção de decisões *contra legem*, notadamente quando a arbitrariedade dos textos legislativos interfere negativamente no enfrentamento razoável e adequado dos casos *sub judice*. É utilizado o método discursivo, à luz da teoria da Argumentação Jurídica. A relevância teórica consiste em apontar o significado das decisões judiciais como fonte do Direito, assinalando-se as novas funções desempenhadas pelo Poder Judiciário, com ênfase para o aspecto político e a busca da efetividade dos direitos. Como apoio teórico, apresenta-se as reflexões de Robert Alexy, Richard Posner e Humberto Ávila. Conclui-se que as decisões judiciais devem submeter-se a uma verificação de correção e aceitação *a posteriori*, com base em uma legitimidade reflexiva atrelada à fundamentação das decisões *in concreto*, e não simplesmente por sua origem no plano funcional e institucional. Em suma, destaca-se o incremento da discricionariedade e da criatividade judicial, bem como a importância de um novo modelo processual orientado para a concretização de Políticas Públicas, como decorrência imediata do princípio do acesso efetivo à Justiça e da progressiva promoção judicial dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Legitimidade. Separação de Poderes. Estado Constitucional. Juridicidade. Postulados normativos aplicativos.

ABSTRACT

How do legitimize decisions *contra legem* in the Constitutional State? The adepts of legislation as a unique and authentic source of law, in general, do not accept that judicial decisions produce rules of law that are contrary to the law and that are concomitantly endowed with coefficients of democratic legitimacy. Against this political orientation, which bases the legitimacy of legal norms on arithmetical and metaphysical data, as a majority and minority, and on fictions, such as the representation of popular sovereignty by the Legislative, incarnation of a supposed general will directed to the common good, stands a new Theory of Decision in the Constitutional State, which contemplates the casuistic deviation from legislation with a focus on legal principles, normative postulates and arguments of justice. It is true that the Legislative Branch is important, but not least is the critical and thoughtful observation of facts, values and norms carried out by the judges, in a dialectical procedural system that privileges the procedural information in contradictory and the grounds of the judicial decisions. The Judiciary is a privileged space for the production and reproduction of fundamental rights in a democratic sense, subjecting judges to the rule of the Constitution and legality, but also to Justice and Democratic Responsibility. In this context, the principle of Separation of Powers goes through an expressive mutation in the material and procedural scope, as well as in the field of legal dogmatic, which allows us to affirm that this is a principle in transformation. The old doctrine of binding to the law is replaced by an extensive link to the law and precedents, guided by the conglobating principle of *jurisdictio*, consequence of the normative function exercised by the Judicial Courts. The crisis of the Law, accompanied by a crisis of the State and the Institutions, will allow the adoption of decisions *contra legem*, notably when the arbitrariness of legislative texts interferes negatively in the reasonable and appropriate confrontation of *sub judice* cases. The discursive method is used, in the light of the theory of Legal Argumentation. The theoretical relevance is to point out the meaning of judicial decisions as a source of law, highlighting the new functions performed by the Judiciary, with emphasis on the political aspect and the search for the effectiveness of the rights. As theoretical support, the reflections of Robert Alexy, Richard Posner and Humberto Ávila are presented. It is concluded that judicial decisions should be subject to a subsequent verification of correction and acceptance, based on a reflexive legitimacy tied to the basis of the decisions in concrete, and not simply because of its origin in the functional and institutional plan. In short, we highlight the increase of discretion and judicial creativity, as well as the importance of a new process-oriented model for the implementation of Public Policies, as an immediate consequence of the principle of effective access to justice and the progressive judicial promotion of fundamental rights.

Keywords: Legitimacy. Separation of Powers. Constitutional State. Juridicity. Postulate normative applications.

ROL DE CATEGORIAS

ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA: "A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. [...]. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios, [...] ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental [...] é também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica" (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8-13).

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: Thomas da Rosa Bustamante e Antônio Cavalcanti Maia ensinam que "Toda teoria da argumentação jurídica - qualquer que seja o seu referencial teórico dominante [...] revela uma indisfarçável preocupação com a *prática*, e em especial com a aplicação judicial do Direito e com a *correção racional* dos argumentos empregados nos discursos de *justificação* dessas decisões jurídicas. Por coerência, toda teoria da argumentação jurídica pressupõe também a crença na possibilidade de um *uso prático da razão*, motivo pelo qual se pode dizer que há uma autêntica incompatibilidade" entre a Argumentação Jurídica e o "*positivismo metodológico* na ciência do Direito, segundo o qual, em decorrência da subjetividade existente nas interpretações jurídicas em geral, todo e qualquer valoração jurídica é necessariamente arbitrária. [...] Sua grande questão é saber não apenas 'onde e em que medida são necessárias valorações jurídicas', mas especialmente 'como podem ser racionalmente justificadas essas valorações [...] compreende integralmente tanto as técnicas da interpretação jurídica quanto a dogmática jurídica e o desenvolvimento judicial do Direito [...] para melhor *criticar e controlar*" as decisões jurídicas (BARRETO, 2009, 64-65).

CONTRATUALISMO: "O contratualismo, ou Teoria do Contrato Social, consiste em uma escola do pensamento geralmente associada ao século XVII. [...]. O contrato social estabelece a medida e a extensão da autoridade e poder políticos, bem como a extensão do poder políticos, bem como a extensão dos direitos e limites dos deveres dos súditos. Por meio desse contrato os

governados prometem obediência ao soberano, conferindo-lhe poder para governá-los, e esperam como contrapartida a proteção e paz de um bom governo que os manterá unidos e em segurança" (BARRETO, 2009, 169-172).

DECISÃO CONTRA LEGEM: Em síntese, é uma decisão formalmente contrária à lei, entendida no seu aspecto textual e semântico. A decisão contra *legem* não implica na invalidação da regra, sendo antes consequência da exclusão legal, a partir do seu afastamento casuístico, de acordo com as condições de superabilidade prática das regras, a partir de uma justificação e fundamentação excepcional (BUSTAMANTE, 2010, p. 612; (ALEXY, 2011, p. 552-553; (ÁVILA, 2011, p. 103).

DOGMÁTICA: Conforme Luís Sérgio Fernandes de Souza, "a dogmática jurídica opera um repertório de normas, métodos e teorias visando à decidibilidade dos conflitos sociais" (1993, p. 81). Tércio Sampaio Ferraz Jr. ensina que "ligando a dogmática à questão da decidibilidade, entendemos também uma das suas mais importantes funções: o modo como propicia uma certa flexibilidade na exploração dos textos e de experiências. Não há dúvida de que, embora à primeira vista, a impressão seja oposta, a sua máxima função não está na fixação do estabelecido, mas na possibilidade de distância crítica na organização de considerações, fundamentos, relações, com os quais o material normativo, sobretudo se torna controlável e aplicável, para além de seu caráter dado do qual parte. Ou seja, se, de um lado, sabemos que, socialmente, dogmas existem e são condições de interação humana em sociedade, por outro, o problema é, então, determinar em que grau de abstração estes dogmas são e devem ser colocados para que possam atuar convenientemente, para que, ao invés de condições, não se tornem impedimento de interação. Esta tarefa é incumbência da dogmática" (FERNANDES, 1993, p. 78).

ESTADO CONSTITUCIONAL: Sucintamente, "Estado constitucional actual [...] más que de una continuación se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho" (ZAGREBELSKY, 2011, p. 34); não se pode mais pensar na lei "como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina del Estado" (ZAGREBELSKY, 2011, p. 25).

INCONSCIENTE COLETIVO: Segundo Carl Gustav Jung "o inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de que não deve sua existência à experiência pessoal. Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e, no entanto, desapareceram da consciência por terem sido esquecidos e reprimidos, os conteúdos do inconsciente coletivo nunca estiveram na consciência e, portanto, não foram adquiridos individualmente, mas devem sua existência apenas à hereditariedade" (JUNG, 2003, p.53).

JURIDICIDADE: é um termo conglobante que deriva da desidentificação entre Lei e Direito. O princípio da juridicidade encerra a aplicação sistemática dos princípios jurídicos, de modo a aproximar-se, na maior medida possível, do

Direito e da Justiça, assente no trilema Constituição-princípio-sistema (ALBUQUERQUE, 2010, p. 198-209).

JUSTIÇA: "O termo justiça apresenta uma grande diversidade de significados. De imediato, convém distinguir a justiça como um conjunto de exigências ou aspirações relativas à estrutura da sociedade, da justiça como instituição judiciária. [...] o foco principal de análise da reflexão jusfilosófica sempre recai sobre a justiça concebida como aspiração fundamental de uma ordem social e jurídica. Assim concebida, a justiça apresenta-se como um conjunto de critérios ideais que devem presidir a boa condução e o desenvolvimento ordenado da coisa pública. Muitos autores duvidam da objetividade de tais critérios, mas é difícil negar o fato de que a justiça seja uma espécie de sentimento moral, de caráter intersubjetivo" (BARRETO, 2009, p. 493). A "Justiça reclama a correção moral das decisões" (ALEXY, 2010, p. 19). Para fins de uniformização do trabalho adota-se a ideia de que a Justiça é o fim do Direito e seu canal de acesso ao Direito são os princípios jurídicos, a Constituição e os postulados normativos (ÁVILA, 2011, p. 162-164).

LEGITIMIDADE: "A reflexão filosófica ocupou-se insistentemente da relação entre a ética e o poder. Um dos temas fundamentais foi o da legitimidade, ou seja, aquilo que justifica eticamente o poder" (BARRETO, 2010, p. 403). Para fins de compreensão adota-se a ideia de que no Estado Constitucional a legitimidade encontra-se ligada aos Direitos Fundamentais e aos objetivos e fundamentos constitucionais, isto é, como legitimidade constitucional, essencialmente política (BONAVIDES, 2004, p. 127-135).

POLÍTICAS PÚBLICAS: Conforme Guilherme Amorim Campos da Silva é o "instrumento de ação do Estado, em especial do Executivo e do Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário. [...]. As políticas públicas inserem-se na esfera do direito constitucional porque consistem na atuação do Estado para implementar escolhas políticas que são feitas, em sua maioria, pelo Poder Legislativo" (DIMOULIS, 2012, p. 449). O art. 5º, parágrafo único, V, do Estatuto da Igualdade Racial define políticas públicas como "as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais".

POSITIVISMO EXEGÉTICO/POSITIVISMO LEGALISTA: Entende-se por positivismo legalista ou exegético, para fins de coerência ao trabalho, a doutrina que preconiza uma vinculação rígida à lei, baseada na suposição de que a lei é a fonte exclusiva do Direito. No extremo, promove-se a identificação entre Direito e lei (MACHADO, 1973, p. 20; FILHO, 2005, p. 3).

POSTULADOS NORMATIVOS APLICATIVOS: Conforme Humberto Ávila, as normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função (BARRETO, 2009, p. 660). Há, portanto, "os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. Os postulados

normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo). Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. (ÁVILA, 2011, p. 134).

PÓS-POSITIVISMO/NEOCONSTITUCIONALISMO: "O pós-positivismo pode ser descrito [...] como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação às insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional que reflete uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX. [...] Uma das principais façanhas do pós-positivismo consiste em reabilitar a centralidade dos princípios nos domínios da interpretação judicial" (BARRETO, 2009, p.650-653). "A expressão pós-positivista é utilizada para marcar uma diferenciação entre o positivismo jurídico como uma isomorfia entre lei e Direito, condição em que o Direito não atribuía importância às discussões do limite do Direito positivo como, por exemplo, a sua indeterminação e a sua relação com a moral. A condição pós-positivista ou neoconstitucionalista não procura refutar a validade do Direito positivo, mas pretende ir além dele, discutindo questões que não eram consideradas importantes" (MORAIS, 2013, p. 28). Luís Roberto Barroso afirma que o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo que "não trata com desimportância as demandas do direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas sim para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do direito, e não apenas quando de sua elaboração. [...]"

Nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios [...]; (ii) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; (iii) a formação de uma nova hermenêutica; e (iv) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade humana" (BARRETO, 2009, p.656-657).

PRAGMÁTICA JURÍDICA/PRAGMATISMO: "O pragmatismo jurídico é uma escola da Teoria do Direito [...] a ideia central [é] de que as regras jurídicas devem ser entendidas em termos instrumentais, implicando contestabilidade, revisibilidade e mutabilidade. Como sugere Posner podemos definir o eixo comum do pragmatismo jurídico em termos de três elementos complementares: (a) a desconfiança de instrumentos metafísicos de justificação ética; (b) a insistência de que a validade de preposições seja testada pelas suas consequências (c) a insistência para que projetos éticos, políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua conformidade com necessidades humanas e sociais, e não por critérios supostamente objetivos ou impessoais. [...] O consequencialismo do pragmatismo manifesta-se no enraizar do direito na prática [...] e na preocupação com resultados. Já o contextualismo se define pelo julgamento dessas práticas [...]. Ser pragmatista ao analisar o Direito significa considerar que teorias se tornam impraticáveis quando seu grau de abstração e generalidade é excessivo. Raciocinar teoricamente não é um vício, mas não se deve conferir autoridade última a uma teoria" (BARRETO, 2009, 656)

PRINCÍPIOS E VALORES: "No plano legislativo, as constituições e os códigos modernos têm utilizado cada vez mais os princípios [...]. No plano jurisprudencial, o Poder Judiciário tem sucessivamente ampliado o uso dos princípios na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico (BARRETO, 2009, 656). "Os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido", ao passo que "os *valores* constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado" (ÁVILA, 2011, p. 156). "Os princípios se apresentem com uma roupagem deontológica, enquanto (os valores assumem uma roupagem axiológica" (ALEXY, 2011, p. 561).

INTRODUÇÃO

A dicotomia legislação-jurisdição apresenta-se carregada de mitos e permeada por ficções e dilemas filosóficos não resolvidos.

A aplicação judicial da lei e do Direito no Estado Constitucional, com o objetivo de concretizar os objetivos constitucionais, que é o tema a ser desenvolvido na Dissertação, assume uma especial relevância quando se avalia a separação entre os Poderes da República.

Na atualidade, é importante estudar o paradigma técnico-jurídico da vinculação à lei, e os fundamentos que justificam a aceitação ou mitigação desse modelo discursivo, em prol do Judiciário ou do Parlamento, a fim de situar o problema das decisões *contra legem* em uma perspectiva argumentativa.

As decisões judiciais, que afastam a aplicação da lei sob o pretexto de conferir aplicação direta e imediata à Lei Fundamental, produzem impactos negativos e positivos no que tange à Separação de Poderes.

O ideal de neutralidade científica e os paradigmas subjacentes ao positivismo legalista produziram uma concepção de lei que unificava o plano da existência e da validade do fenômeno jurídico, ao supor que os juízes estavam jungidos à aplicação das leis existentes, e o Direito válido seria, nessa perspectiva, reduzido ao direito legislado.

Essa concepção encontra-se em decadência, o que conduz à pergunta sobre "como se legitimam as decisões *contra legem* no Estado Constitucional?", que é o problema de pesquisa dessa Dissertação.

Para enfrentá-lo utiliza-se o método discursivo¹ e como técnica a pesquisa bibliográfica e comparativa, visando facilitar a análise crítica dos argumentos envolvidos.

¹ De acordo com Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, na obra "(Re)pensando a pesquisa jurídica", a teoria do discurso insere-se na linha "crítico-metodológica", que surgiu como "reação ao tradicionalismo jurídico formalista" e "conduziu à superação de metodologias de cortes puramente positivistas", a partir do pensamento tópico e problemático. (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 20-21).

Mais do que buscar compreender como se legitimam essas decisões, quais as causas e razões da argumentação jurídica *contra legem*, o estudo buscará apontar, com base em aportes teóricos consistentes, os requisitos para a superação das regras positivas, que permitem o afastamento *casuístico* da legislação.

O objetivo geral é apresentar, ainda que provisoriamente, as causas e requisitos relacionados com a argumentação jurídica *contra legem*, tendo como apoio reflexões filosóficas e doutrinárias sobre a legitimidade judicial.

O estudo buscará reforçar os alicerces de uma argumentação jurídica *contra legem*, revelando os pressupostos e requisitos que permitem ao Poder Judiciário afastar-se da legislação escrita.

O trabalho insere-se na Área de Concentração "Direito, Democracia e Sustentabilidade", do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade Meridional - IMED.

A Área de Concentração propõem "estudos relacionais" entre Direito, Democracia e Sustentabilidade, além de buscar a "compreensão discursiva dos desafios contemporâneos".

O trabalho insere-se na Linha de Pesquisa "Fundamentos do Direito e da Democracia". Busca-se "compreender as bases sobre as quais se estruturam os sistemas jurídicos contemporâneos, os estados constitucionais e os regimes democráticos", o que torna imprescindível uma análise da relação entre os Poderes e do princípio da legalidade no Estado Constitucional, que é um dos objetivos específicos da Dissertação.

A Linha de Pesquisa "Fundamentos do Direito e da Democracia" se preocupa, também, em discutir "o modo de produção de normas" e "as esferas de deliberação política", além de propor uma reflexão sobre a "legitimidade do direito vigente", o que perpassa, necessariamente, por uma análise sobre a importância da lei e da produção normativa no Legislativo e no Judiciário, tendo por escopo geral apresentar em que condições o Judiciário pode decidir *contra legem*.

O trabalho compartilha das preocupações do Grupo de Pesquisa do Orientador, prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, o qual abrange estudos sobre "Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direito Constitucional e

Direitos Fundamentais", pressupondo conhecimentos que serão explorados no bojo da pesquisa.

A análise levada a efeito no Grupo de Pesquisa propõe uma crítica à Discricionariedade Judicial, na qual a Proporcionalidade é associada aos deveres de Proteção dos Direitos Fundamentais, gravitando, portanto, o tema da aplicação do Direito e dos limites da atividade jurisdicional do Estado, além da contribuição específica em relação aos marcos teóricos utilizados.

No Estado Constitucional, o Judiciário deve adotar padrões decisórios capazes de realizar as promessas do constitucionalismo, além de promover a garantia substancial dos Direitos Fundamentais e da Justiça.

A investigação será estruturada em três capítulos.

O primeiro capítulo tem como objetivo evidenciar a passagem do Estado legislativo ao Estado Constitucional, a fim de perquirir, em termos evolutivos, o que provoca a referida passagem em relação ao princípio da legalidade e ao princípio constitucional da separação de poderes.

Inicialmente, apresenta-se uma ideia geral sobre a origem da lei, o seu aspecto histórico e verifica-se a formação do paradigma da vinculação à lei, no sentido clássico.

Em seguida, avalia-se a crise do Estado legislativo, situando breves justificativas para semelhante crise do Estado e da legalidade no Brasil.

No Capítulo 2, serão edificadas as causas que favorecem a admissibilidade das decisões judiciais *contra legem*. O capítulo terá o objetivo de conceituar decisão *contra legem* e apresentar as alterações na forma de compreender o Direito e as novas funções do Poder Judiciário no Estado Constitucional.

A Argumentação Jurídica *Contra Legem* tem como premissas inafastáveis a vinculação ao Direito e o reconhecimento das decisões judiciais como fonte do Direito.

Selecionam-se quatro causas que favorecem a Argumentação Jurídica *Contra Legem* e que confirmam essas premissas: a ascensão do princípio da juridicidade, a criação judicial do Direito, o acesso efetivo à Justiça, a

politização da Justiça e a legitimidade decisória construída nos processos judiciais.

O elo entre as causas selecionadas é a busca de efetividade dos direitos, consequência das novas funções do Poder Judiciário no Estado Constitucional.

No Capítulo 3, serão apresentados os aportes teóricos da Argumentação *Contra Legem*, a partir de um estudo que é enriquecido com subsídios filosóficos e doutrinários sobre a legitimidade das decisões judiciais.

O objetivo desse capítulo é delinear os argumentos de apoio das Decisões *Contra Legem*, a fim de justificar sua legitimidade.

Analisa-se o pensamento de Robert Alexy, Richard Posner e Humberto Ávila, três importantes representantes do pós-positivismo. Esses autores contribuem de modo expressivo para o exame da argumentação jurídica *contra legem*, ampliando o horizonte de pré-compreensões sobre o tema.

Ao final do capítulo, far-se-á uma síntese dos principais argumentos invocados para favorecer ou contrariar a ideia de prevalência da justiça em face da legislação, negar ou admitir as decisões *contra legem* em tese, confirmar ou recusar legitimidade decisória ao afastamento casuístico das leis, com o objetivo compartilhar as certezas angariadas ao longo do trabalho, ainda que precárias e passíveis de revisão.

Dá-se especial ênfase à falácia da legitimidade de origem, em face do entendimento de que é um argumento equivocador e que deve ser superado, na medida em que a legitimidade remissiva, característica do legalismo, é substituída pela legitimidade reflexiva no Estado Constitucional.

As transformações no Direito contemporâneo repercutem na conceituação e delimitação de princípios clássicos, que se encontram em constante embate com outros princípios da ordem constitucional, como o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes.

No Estado legislativo, que antecede o Estado Constitucional, a lei se apresenta como a fonte exclusiva e imediata do conhecimento jurídico,

admitindo-se o manejo de *fontes alternativas* apenas em alusão a um permissivo legal; isto é, quando houver uma liberalidade do legislador.

A utilização de parâmetros extralegais de julgamento só era admitida quando a lei facultava, especialmente nos casos de omissão, sendo que a lei estabelecia a ordem e a hierarquia preferencial entre as fontes.

O fato é que a lei se ocupava de determinar *se e quando* os juízes poderiam decidir com base em critérios não fixados na legislação. Nesse sistema, o juiz atuava como *longa manus* do Legislador, entendido como um superórgão estatal capaz de elaborar, orientado pela razão iluminista, as mais perfeitas e completas Codificações.

O positivismo legalista, que se alimenta dessas convicções, pretendia, ao cristalizar um direito natural imutável, abarcar e conformar toda a realidade social, econômica e política, conduzindo a aplicação do Direito ao puro silogismo exegético.

No Estado Constitucional, os princípios concorrem entre si e é reconhecida a pluralidade das fontes do Direito, que não mais disputam a exclusividade na definição das normas jurídicas.

A Constituição não é apenas um documento formal, que contém simples compromissos, devendo ser entendida e aplicada em sentido material. Os princípios jurídicos adquirem força normativa e demandam uma realização efetiva, não mais se admitindo decisões pró-forma que dão eco a opções legislativas em descompasso com o princípio democrático.

A legitimidade jurídica não é atribuível apenas às disposições legislativas, e hoje é inegável o fato de que os princípios constitucionais postulam aplicabilidade e eficácia direta nos processos judiciais, ampliando vertiginosamente as possibilidades interpretativas.

Contudo, a importância e a responsabilidade dos juízes é frequentemente posta em questão, consequência da reminiscência de posições que endossam e exaltam as decisões emanadas do Parlamento, como possuidoras de uma legitimidade imanente e inquestionável haurida do voto popular em um sistema representativo.

Para esses pensadores, deve-se perquirir a vontade do legislador, subjetiva (*mens legislatoris*), ou a vontade da lei, objetiva (*mens legis*). Atualmente, sugere-se uma vinculação forte aos limites semânticos, olvidando-se da Argumentação Jurídica e da Pragmática.

Assim sendo, as decisões judiciais que vão imediatamente contra o sentido legal eleito pelo legislador podem, também, ser dotadas de coeficiente de legitimidade democrática, o que se afere a *posteriori*, e não em razão de um sistema fixo de competências, isto é, independentemente do conteúdo das leis.

A crise do Estado legislativo e o descrédito experimentado pela legislação na atualidade reabre o debate dos limites, natureza e os fins da função jurisdicional no Estado Constitucional, sendo importante defender a jurisdição como fonte legítima e autêntica de produção e reprodução normativa.

Nessa senda, é preciso avaliar a necessidade de construção de uma Teoria da Decisão Judicial que fortaleça a atividade jurisdicional em um sentido prospectivo, na medida em que o processo deve ser encarado como um espaço democrático de produção normativa, no qual prepondera a informação e a construção de soluções pautadas na Justiça substantiva.

O desenvolvimento no Brasil de uma Teoria da Decisão e a tendência para se adotarem os precedentes vinculantes implica na necessidade de repensar a relação entre Democracia e Jurisdição, e entre Direito e Política.

O direito é produzido no cenário político, mas também contribui para a construção da concepção política vigente na sociedade.

Não se pode admitir a pretensão de separação entre o Direito e a Política, encampada pelo formalismo típico da separação de poderes, entendido como um obstáculo à efetividade dos direitos.

O Direito produzido na arena preponderantemente política é obtido mediante a aglomeração e o ajuste de forças contrapostas, nem sempre corresponde a um direito justo e ideal, na medida em que são ignorados subsídios relevantes, e que são revelados por ocasião da aplicação do Direito pelos Tribunais.

A aglutinação de interesses colidentes nos diplomas legislativos agrava o problema da indeterminação do Direito, fazendo com que a lei peque em seu desígnio de gerar certeza e previsibilidade, provocando mais insegurança do que exatidão.

De um lado, não se sabe exatamente quanto democrático é o Direito Legislado, e se o princípio democrático é suficiente para aferir a legitimidade desse Direito; de outro, indaga-se sobre a legitimidade do Direito Judicial, diante da possibilidade de os juízes inovarem a ordem jurídica, criando *Direito novo* e decidindo *contra legem*.

Ao determinar o real significado e alcance das normas jurídicas, especialmente quando as decisões contrastam frontalmente com o Direito positivo oriundo das instâncias legislativas, o Judiciário estabelece exceções *ad hoc* e inaugura doutrinas que, apesar de não estarem contidas na lei, acabam integrando definitivamente o Direito positivo.

O direito jurisprudencial é responsável por inovações contumazes no Direito de Família, no Direito Eleitoral e no Direito Penal, apenas para exemplificar, que não poderiam ser extraídas das leis com base nos métodos tradicionais do raciocínio jurídico.

Nesse sentido, também os Direitos Fundamentais não teriam o peso que têm hoje, caso não tivessem sido fortalecidos por notáveis construções pretorianas, orientadas por uma postura antiformalista, que procura nos valores um modo adequado de compreender o Direito.

Sendo assim, cresce em importância a obrigação de se estudar os mecanismos de criação judicial do direito, bem como de avaliar a legitimidade dos Tribunais para formular regras jurídicas vinculantes em casos futuros, bem como a necessidade de se adaptarem as disposições legais à realidade empírica subjacente.

Não há, contudo, uma resposta definitiva no assunto, e a tarefa impõe uma reavaliação do significado jurídico-político do princípio da separação dos poderes, a fim de desnudar a possibilidade de desenvolvimento de uma Teoria da Decisão *contra legem* condizente com as exigências do Estado Constitucional.

A Teoria do Direito e a dogmática jurídica ainda encontram dificuldades para justificar as decisões *contra legem*, e o afastamento casuístico da legislação, em que pese o evidente descrédito da lei na atualidade e a recorrência com que questões políticas e morais são carreadas aos processos judiciais.

A juridicidade apresenta-se cada vez mais como um novo paradigma em Direito, em decorrência da modificação dos modos de compreender a legitimidade decisória, o processo judicial e a função do Poder Judiciário, encarregado da Administração da Justiça.

Embora haja uma tendência acentuada para aderir-se a um modelo de decisão associado a uma baixa vinculação à lei, em razão da proliferação de princípios e conceitos elásticos no Estado Constitucional, não há uma discussão mais ampla sobre o assunto, para além da lógica binária, do certo ou errado, legítimo ou ilegítimo

Como todo estudo, em razão dos limites teóricos da pesquisa, o tema poderá, no futuro, ser mais amplamente desenvolvido, em face da possibilidade de análise de decisões judiciais concretas, seus erros e seus acertos, e do enfrentamento de situações reais nos Tribunais.

CONCLUSÕES

O Direito não é apenas manifestação democrática colhida das disposições legislativas, antes é um produto da elaboração coordenada de preceitos legislativos, executivos e judiciais.

O trabalho cumpriu o objetivo geral de apresentar, ainda que provisoriamente, as causas e os requisitos relacionados com a argumentação jurídica *contra legem*, reforçando a admissibilidade e a legitimidade das decisões *contrárias* à lei, mas sem olvidar da necessidade de uma argumentação conectada com a legalidade.

Além de outras prováveis causas para a admissibilidade das decisões *contra legem*, a ascensão do princípio da juridicidade, a criação judicial do Direito, o acesso efetivo à Justiça, a politização da Justiça e a legitimidade decisória construída no processo, são os principais fatores que favorecem a argumentação *contra legem*.

A ascensão da juridicidade está ligada à interpretação como um elemento inafastável da aplicação do Direito. O objetivo do Poder Judiciário é aplicar o Direito. A vinculação ao Direito conduz à primazia do princípio da juridicidade.

Por outro lado, acesso à Justiça não significa acesso à jurisdição. A justiciabilidade dos Direitos Fundamentais implica no reconhecimento de que a Administração da Justiça tem como missão efetiva promover os princípios constitucionais e os ideais de Justiça compartilhados intersubjetivamente.

A politização da Justiça é uma marca do Estado Constitucional, revelando a função política da jurisdição e sinalizando a reaproximação entre o Direito e a Política, com a superação do paradigma legalista.

A legitimidade decisória no Estado Constitucional é atrelada à fundamentação das decisões judiciais e à possibilidade de controle dos motivos apresentados pelo Poder Judiciário para justificar suas decisões.

A busca da efetividade dos Direitos é um fator comum, que une as causas apontadas, significando uma profunda alteração no significado do

Direito e demandando o desempenho de novas funções judiciárias. O ideal de efetividade é complementado por um sistema de precedentes, que decorre da função normativa dos Tribunais.

O modelo legalista de decisão baseado exclusivamente em regras foi superado. A crise da lei e das instituições do Estado legislativo demanda uma reavaliação do princípio da legalidade e da separação de poderes.

A função da Lei e do Direito em um Estado Constitucional impõe repensar o princípio da "Separação dos Poderes", com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de uma Teoria da Decisão Judicial capaz de apresentar os *limites e pressupostos* da Argumentação Jurídica *Contra Legem*.

As decisões judiciais *contra legem* legitimam-se mediante um processo de justificação do afastamento casuístico da legislação, com base nos postulados normativos aplicativos.

Como suporte teórico, Robert Alexy, Richard Posner e Humberto Ávila estão em posição de destaque na atualidade, em virtude não só da orientação pós-positivista que compartilham como também da aceitação doutrinária que recebem no Brasil.

O constitucionalismo discursivo de Alexy ressalta a representatividade argumentativa dos juízes e Tribunais. Alexy aponta para a existência de um modelo de precedências *prima facie*, no qual é admitida a superação das regras em situações excepcionais.

A argumentação jurídica *contra legem* é uma decorrência dos Direitos Fundamentais e do reconhecimento dos princípios jurídicos.

O pragmatismo em Posner ressalta o caráter antiformalista que deve revestir a atuação jurisdicional. Nega-se o originalismo e o historicismo que se apresenta como verdade a ser replicada nos processos judiciais, criticando-se a sua utilização irrefletida na argumentação jurídica.

A ênfase na pragmática amplia a possibilidade de utilização de juízos morais, políticos e empíricos, fazendo surgir uma preocupação crescente com as consequências das decisões, com a razoabilidade e com as Políticas Públicas.

A justificação judicial do afastamento casuístico da legislação, em Ávila, assume contornos concretos, ao assinalar os requisitos materiais e procedimentais para a superação das regras.

A ponderação é um postulado inespecífico que interfere na aplicação judicial do Direito, e sua utilização pressupõe uma estruturação lógica em etapas, de modo a consubstanciar uma *discricionariade regradada*.

Os postulados inespecíficos, se utilizados corretamente, contribuem para a promoção da justiça geral, que é a finalidade básica que preside a edição das regras no Estado Constitucional.

A justiça geral está conectada a princípios substanciais do sistema jurídico, sendo que os postulados específicos, como a igualdade, a proporcionalidade e a razoabilidade são elementos essenciais para a aferição da legitimidade das decisões judiciais.

O grau de legitimidade das decisões judiciais *contra legem* deve ser avaliado a partir da decisão, com base na análise da justificação, da fundamentação e da comprovação dos argumentos utilizados pelos juízes.

A verificação da legitimidade das decisões judiciais tem como parâmetro as decisões em si e o seu impacto social, bem como o seu grau de comprometimento com a efetividade e com a satisfação dos direitos fundamentais, isto é, de acordo com as externalidades que efetivamente produzem.

No Estado Constitucional, a legitimidade é reflexiva e não remissiva ou retrospectiva, não sendo possível deduzir a legitimidade com base em um critério pessoal de origem.

A jurisprudência é uma fonte autêntica de produção legítima e democrática do Direito, sobretudo quando a aplicação da lei é contrária aos princípios latentes do Direito e da Justiça.

É importante compreender os pilares de sustentação de uma possível Teoria da Decisão *Contra Legem*, a fim de resguardar a liberdade judicial do eventual arbítrio das leis.

Uma eventual Teoria da Decisão Judicial deve buscar a superação dos princípios clássicos forjados em conjunturas ultrapassadas, e que não mais atendem aos objetivos da jurisdição e aos valores acolhidos pela Teoria dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional.

Não há, em tese, como sustentar uma preferência absoluta do legislador em detrimento do judiciário, nem uma deferência absoluta ao juízes em face do legislativo, visto que uma e outra atividade pode se revelar inadequada aos fins constitucionais e eivada de vícios que inquinam sua legitimidade.

Como toda atividade humana, juízes e legisladores falham e os seus erros não devem ser atribuídos a sua posição institucional, mas a escolhas equivocadas no plano da aplicação do Direito.

De um lado, é necessária a autocontenção judicial, para que se evitem intromissões indevidas na esfera de autonomia dos demais Poderes, de outro lado, o processo de justificação de aplicação do Direito permite que se realize o controle sobre os fundamentos e pressupostos aduzidos para o afastamento casuístico da legislação, a fim de perquirir a validade e a legitimidade das decisões *contra legem*.

Como toda pesquisa, essa dissertação apresenta um ponto de vista limitado e conclusões parciais sobre o objeto de estudo, o que é reflexo também dos limites do conhecimento jurídico.

Quando os limites entre o Direito e a Política não estão bem definidos, revelando valores confluentes, a pergunta sobre como se legitimam as decisões *contra legem* no Estado Constitucional não permite que se adote uma posição fixa, que seja independente dos fatos e da dinâmica jurídica.

Novas alterações sobre o significado do Direito importarão inevitavelmente no surgimento de novos paradigmas, sendo certo que o trabalho poderá ser futuramente retomado, a fim de expor à crítica seus acertos e desacertos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE Jr., Raimundo Parente de. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.** Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ANDRADE NETO, João. *The debatable universality of the proportionality test and the wide-scope conception of fundamental rights/A controversa universalidade do teste de proporcionalidade e da concepção ampliada do suporte fático dos direitos fundamentais.* Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 4-19, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1116>>. Acesso em: 08 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p4-19>.

ATIENZA, Manuel. ***Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica.*** México: Universidad Nacional do México, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de filosofia política.** São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de filosofia do Direito.** São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Mutação constitucional.** Vinte anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil).** Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S040142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de julho de 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades.** Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria**

jurídica de Robert Alexy. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Safe, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIMOULIS, Dimitri (coordenador-geral). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUTRA, Delamar José Voltpato. **Manual de Filosofia do Direito.** Caxias do Sul (RS): Educs, 2008.

DUGUIT, Léon (1859-1928). Tradução Márcio Pugliesi. **Fundamentos do direito.** São Paulo: Martin Claret, 2009.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES DE SOUZA, Luiz Sérgio. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito.** São Paulo: RT, 1993.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito.** 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

FRUGONI, Alina Celi. **Cambio tecnológico, riesgos ambientales asociados y una perspectiva jurídica (global) sustentable.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 9, n. 2, p. 205-225, jun. 2014. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/522>>. Acesso em: 07 maio 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v9n2p205-225>.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método, I,** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015

JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Editorial Ariel.

1979.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried [orgs.]. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MACHADO, Antônio Luís Neto. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1973.

MARMELSTEIN, George. **Controle Judicial dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Constitucional: módulo 50).

MÖLLER, MAX. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutoramento. UNISINOS, 2013.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. *Constitutional rights expansion and contributions from Robert Alexy's theory / A expansão dos direitos fundamentais e a contribuição teórica de Robert Alexy*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 127-136, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1505>>. Acesso em: 08 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p127-136>.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. **A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade**/*Deliberation as a condition for application of the principle of proportionality*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 146-153, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1620>>. Acesso em: 08 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p146-153>.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. **The human dignity in theory of fundamental rights of Robert Alexy: an analysis of its character or absolute on the legal and constitutional order**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 137-145, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1113>>. Acesso em: 08 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n2p137-145>.

PELE, Antonio. *La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales*/**A dignidade humana: modelo contemporâneo e modelos**

tradicionais. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 7-17, dez. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/892>>. Acesso em: 08 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17>.

PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. **Tratado da Argumentação.** A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. **Coleção os pensadores.** Editor Victor Civita. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. *Law Actually: Practical Reason, Anarchism and the Legal Rule-Compliance Phenomenon/O direito real: razão prática, anarquismo e o fenômeno da conformidade legal.* Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 7-19, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/765/956>>. Acesso em: 07 maio 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n1p7-19>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre as Ciências e as Artes; **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens.** Tradução de Roberto Leal Ferreira. Martin Claret: São Paulo, 2010.

SANTIAGO LIMA, Flavia Danielle; DANTAS DE ANDRADE, Louise; MOURA DE OLIVEIRA, Tassiana. *Emperor or President? Understanding the (almost) unlimited power of the Brazilian Supreme Court's President/Imperador ou presidente? Compreendendo o (quase) ilimitado poder do Presidente do Supremo Tribunal Federal.* Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 161-176, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1641>>. Acesso em: 28 abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p161-176>.

SCHWABE, Jürgen. **50 anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer, 2005.

SOARES, Josemar Sidinei; CHIARA LOCCHI, Maria. **O papel do indivíduo na construção da dignidade da pessoa humana/The individual role in the construction of the human person dignity.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 31-41, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118>>. Acesso em: 08 fev. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p31-41>.

TASSINARI, Clarissa; JACOB DE MENEZES NETO, Elias. **Liberdade de expressão e Hate Speeches:** as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger.

Revista Brasileira de Direito, v. 9, n. 2, p. 7-37, jan. 2014. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

TELLES JR., Goffredo. **A democracia participativa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan./dez., 2005.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2006.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2011.

ZAMBAM, Neuro José; ICKERT, Airton Juarez. **A democracia brasileira e a pena privativa de liberdade: alternativas que preservam a dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito, v. 7, n. 2, p. 147-166, out. 2011. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/271>>.

ZOLO, Danilo. **Direitos Humanos, Democracia e Paz na Era da Globalização**. Direitos Fundamentais e Espaços Públicos. Passo Fundo (RS): IMED, 2010.