



DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CORRETA E ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO¹

FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ADEQUATE AND CORRECT ANSWER OF THE CONSTITUTION

Miguel do Nascimento Costa²

Resumo

Este ensaio tem como escopo aportar elementos para uma reflexão sobre os limites, conceitos e definições básicas a partir da teoria da resposta correta e adequada à Constituição, enquanto direito fundamental e essencial para o cidadão e para a preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Resposta correta. Direito fundamental. Compreensão e aplicação do direito. Decisões judiciais

Abstract

This essay has as objectives the description of elements to contribute to a reflection on the boundaries, concepts and definitions of the basic theory of correct and adequate response of the Constitution as a fundamental right and essential for the citizen and the preservation of their own democratic state.

Keywords: Correct answer. A fundamental right. Understanding and application of law. Judicial decisions.

INTRODUÇÃO

O controle, o estudo e a análise do conteúdo das decisões judiciais, preliminar a qualquer consideração que se possa fazer, prende-se a uma necessidade do próprio Estado Democrático de Direito, especialmente, para que os

¹ Submetido em 20/12/2013, pareceres emitidos em 05/02/2014 e 17/01/2014, aprovação comunicada em 15/04/2014.

² Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos, vinculado à linha “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Advogado (Direito Privado/Empresarial). Assessor Jurídico do Centro Universitário La Salle. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Docente nos Cursos de Direito do Centro Universitário La Salle – Canoas/RS e Centro Universitário Ritter dos Reis – Canoas/RS. Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da PUC-RS, Feevale-Novo Hamburgo/RS, IMED-Passo Fundo/RS, Unisc-Santa Cruz/RS, FADERGS-Porto Alegre/RS. Sócio-Diretor da Costa & Wesp Advogados Associados. E-Mail: miguel@costaewespadvogados.com.br



juízes não se tornem ou não se apresentem como verdadeiros “legisladores” (STRECK, 2010, p. 87) na aplicação do direito.

Não obstante, é preciso ter claro que o exercício deste controle sobre as decisões judiciais não desemboca em uma proibição ou na redução da atividade interpretativa do julgador, mormente por que o exercício da interpretação e consequente aplicação do direito exige a compreensão, ou, nas palavras da Gadamer (1997, p. 461) “(...) isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre aplicar.”

Com efeito, na solução dos casos que reclamam a tutela jurisdicional do Estado, o julgador não pode criar um “novo” direito (aplicando-o retroativamente ao caso concreto) e tampouco pode recorrer a soluções discricionárias ou solipsistas (a partir de critérios subjetivistas, baseados na escolha pessoal e na consciência daquele que decidirá³).

A resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade pessoal ou da subjetividade do julgador. É necessário superar as teses positivistas, que se sustentam a partir do paradigma discricionariedade judicial, contexto em que a opção por uma resposta judicial correta⁴ e adequada constitucionalmente ganha relevo e importância, principalmente, por que esta resposta correta tem o condão de afastar a discricionariedade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

³ Nesse sentido, é bastante esclarecedora a análise feita por Lenio Streck: “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!” (STRECK, 2010, p. 98)

⁴ Teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, o qual se utilizou da metáfora do juiz Hercules para a solução dos chamados *hard cases* ou casos difíceis. Neste aspecto, é essencial chamar atenção para o fato de que a expressão “casos difíceis”, cunhada por Dworkin, em contraposição aos “easy cases” ou casos fáceis, revela-se hermeneuticamente inadequada. Partindo da lição de Lenio Streck, sequer há como se saber com precisão se estamos diante de caso simples ou de um caso difícil. Para o mesmo autor, “já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?”. (maiores subsídios, ver STRECK, 2009, p. 245-249)



Decidir não pode ser sinônimo de escolher, por que a escolha é sempre parcial (STRECK, 2010, p. 97). Contrariamente, a “resposta constitucionalmente correta” ou “a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2009, p. 365), deve ser consistentemente justificada, contendo a reconstrução do direito (coerência e integração), doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que legitimará a decisão no plano do que se entende por “responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2009, p. 365-366). As reflexões sobre a tese da resposta correta⁵, neste compasso, partem diretamente dos estudos de Dworkin e de Gadamer que, igualmente, enfrentam a discricionariedade positivista na construção da integridade do direito (STRECK, 2010, p. 94).

Desta forma, neste texto (que trabalhará a resposta correta a partir da perspectiva de que esta é sim um direito fundamental do cidadão, essencial à preservação do Estado Democrático de Direito) se fará uma breve explanação acerca da definição de casos difíceis, a partir das concepções de Dworkin⁶, prosseguindo com a análise da metáfora do juiz Hércules e suas especificidades e, posteriormente, passando pela necessidade de negação à discricionariedade judicial, como forma de se alcançar uma resposta constitucionalmente correta e adequada para os chamados “casos difíceis”.

1 OS CASOS DIFÍCEIS NA CONCEPÇÃO DE DWORKIN

Preliminar a qualquer consideração quanto à teoria deste autor, convém chamar a atenção para a diferenciação (e não uma cisão) que o mesmo faz entre “casos fáceis” e “casos difíceis”. Segundo Dworkin, nos “casos fáceis” (por exemplo,

⁵ Neste contexto, é essencial deixar claro que trabalhar com a possibilidade de se encontrar a melhor “resposta correta” não implica em descobrir-se uma única interpretação que solucione o caso concreto. Com efeito, a “resposta correta” é melhor compreendida a partir da busca pela melhor interpretação para um caso concreto, levando em consideração a integridade do direito, ou seja, todo o processo de compreensão do direito, ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a esta história, corrigindo eventuais falhas, ao invés de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional.

⁶ Embora se entenda inadequada, sob o ponto de vista hermenêutico, a diferenciação entre casos difíceis e casos fáceis, o presente texto será desenvolvido a partir das lições extraídas da obra de Dworkin que, no capítulo 4 da obra “Levando os Direitos a Sério”, trata especificamente de como sua teoria encontra soluções para os chamados casos difíceis.



quando um homem é acusado de violar uma lei que proíbe dirigir a mais de noventa quilômetros por hora) (DWORKIN, 2010, p. 08), parece correto dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso, ao passo que os “casos difíceis” são aqueles em que nenhuma regra estabelecida, tem condições de determinar uma decisão em qualquer direção (DWORKIN, 2010, p. 131).

Aqui, vale chamar a atenção para o fato de que esta diferenciação entre casos fáceis-difíceis (*easy-hard cases*), embora não seja hermeneuticamente adequada, é utilizada em Dworkin, não como uma cisão entre uma e outra, mas numa perspectiva de distinção entre casos fáceis e casos difíceis.⁷ Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis e essa, pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* utilizada pelo autor e a das teorias discursivo-procedurais (STRECK, 2009, p. 247).

Com efeito, para Dworkin (2010, p. 127), o positivismo jurídico frente aos “**casos difíceis**” concede ao juiz um poder que não lhe é legítimo: **a discricionariedade judicial (poder para decidir o caso de uma maneira ou de outra, a partir da sua subjetividade)**. Ao tratar sobre o poder discricionário do juiz, o autor refere que “sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos casos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”⁸. Prossegue, referindo que a sua teoria não pressupõe a existência de um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.

Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e os juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. (DWORKIN, 2010, p. 128). A

⁷ Conforme leciona Lenio Streck: “Dworkin trabalha com a noção de ‘casos difíceis’ a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Consequentemente, não ‘desobriga’ ou ‘desonera’ o juiz (discurso de aplicação) da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis” (STRECK, 2009, p. 247)

⁸ Para Dworkin, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2010, p. 127).



teoria do direito de Dworkin, neste contexto, pode ser compreendida como uma tentativa de se garantir decisões judiciais (respostas) adequadas – dentre outros mecanismos – através da proposta superação da discricionariedade judicial, defendendo-se, para tanto, a racionalidade da decisão do juiz, ou seja, a possibilidade de se chegar a uma única decisão judicial correta para cada caso⁹.

O mesmo autor refere ainda que, segundo as teorias mais aceitas para a decisão, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não criar um “novo” direito; e que este seria o cenário ideal, mas que por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática (DWORKIN, 2010, p. 129). As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos.

Além disto, alguns casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Para essa teoria ora em análise, em alguns casos, o juiz deve criar um novo direito, todavia, ao fazê-lo, deve agir como se fosse delegado do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. O juiz deve agir como um “poder legislativo segundo” (DWORKIN, 2010, p. 129).

Contrapondo-se à **discricionariedade** judicial (por ele combatida), Dworkin constrói sua tese da resposta correta, para o qual os **casos difíceis possuem uma única resposta correta**, enfocando a questão da discricionariedade do julgador a partir das fontes do direito. A discricionariedade judicial em um caso concreto se apresentaria quando o recurso às fontes sociais do direito fosse insuficiente, ou seja, quando o direito positivo não fosse capaz de oferecer uma solução para o caso (apresentaria uma lacuna) ou então, quando a solução fornecida se mostrasse inadequada, quando em comparação a padrões de justiça socialmente admitidos (DANTAS, 2004, p. 124). Essa matriz teórica para a solução dos casos difíceis está centrada na sua diferenciação entre princípios e regras¹⁰, pois, segundo o autor,

⁹ Dworkin afirma que, mesmo em casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir e não inventar os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização (DWORKIN, 2010, p. 430.)

¹⁰ Ver a esse respeito também DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, 2010.



quando o juiz se depara com um caso difícil ele não deve possuir discricionariedade absoluta para decidir (para “escolher”), uma vez que está vinculado a princípios.

Assim, em um caso difícil, é possível que não exista uma regra a ser aplicada, ocasião em que o juiz deve aplicar os princípios¹¹ para garantir a completude do sistema¹². É importante frisar que os princípios a serem utilizados pelo julgador podem ser também aqueles não positivados, ou seja, os princípios morais, os quais, através de um processo de argumentação jurídica, ingressarão no sistema do direito (DWORKIN, 2001, p. 195). O modelo de princípios¹³ apresentado por Dworkin para a solução dos *hard cases* visa a reduzir a incerteza e a insegurança mediante a justificação de critérios objetivos (reduzindo, também o espaço para a discricionariedade). Para tanto, a decisão judicial deve estar afinada com a sua concepção de direito como integridade (ideal político da integridade). Segundo este, “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 1999, p. 291).

Nesta perspectiva, é a aceitação do direito como integridade¹⁴ (que leva em conta os já mencionados princípios), que afastará a discricionariedade judicial. Isto porque o papel do julgador – na concepção do autor – é estabelecer a interpretação

¹¹ Adiante da distinção entre normas e princípios, Dworkin enfatiza uma diferenciação complementar entre argumentos de política e argumentos de princípio. Os primeiros são modelos que garantem um direito individual ou de um grupo, já os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Na insuficiência ou inadequação das regras deve-se utilizar os princípios. (DWORKIN, 2010, p. 130).

¹² Para Dworkin, a completude do direito é, pelo menos, uma ideia reguladora da atividade judicial e Hércules deve resolver os casos assumindo que os princípios preenchem os vazios normativos. (RODRÍGUEZ, 1997, p. 77-78)

¹³ Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com o objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas um elevado número de possibilidades para a construção de respostas coerentes e adequadas à Constituição, o que confere uma “blindagem” contra a discricionariedade. (STRECK, 2010, p. 100).

¹⁴ A integridade pode ser compreendida como uma espécie de ideal aceito de maneira geral e, por isso mesmo, revela-se como um compromisso de pessoas, ainda que estejam em desacordo sobre a moral política (DWORKIN, 1999, p. 255)



coerente com as regras, princípios e precedentes existentes na prática jurídica de sua comunidade e não os seus princípios de conduta pessoal¹⁵. Todavia, quando mais de uma resposta se apresentar compatível com esta tese, este mesmo julgador deve optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral e político, melhor reflita a estrutura das instituições e das decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente sendo que esta seria, então, a resposta correta para o caso concreto (DWORKIN, 1999, p. 293). Em outras palavras, quando os princípios estão em conflito, o juiz deve ponderar, levando em conta a força relativa de cada um deles, devendo-se aplicar aquele que for mais adequado ao caso concreto.

Para o autor, o modelo de decisão judicial baseado em princípios¹⁶ explica e justifica o papel dos julgadores no Estado Democrático de Direito, pois neste modelo as sentenças não seriam retroativas, julgando e atribuindo um novo direito a uma situação pretérita onde este não existiria (conforme um julgamento discricionário), uma vez que os princípios que as fundamentam já fazem parte do direito. Neste sentido, a decisão do juiz nada mais representa que o capítulo final da obra comum de outros protagonistas do ato criativo literário¹⁷, devendo, por óbvio, ter em conta o que eles já produziram, e isto ele o faz utilizando-se da **interpretação**, atividade esta, que evita a ruptura com o encadeamento lógico da obra (comum), produzindo o desfecho da história o melhor possível (DWORKIN, 1999, p. 166-173).

¹⁵ Com efeito, a “força criativa” dos tribunais, defendida por Hart (1994, p. 335) para os casos difíceis, é refutada por Dworkin, o qual compreende que apenas o legislador está autorizado a criar o direito.

¹⁶ Dworkin esclarece que frente aos **casos difíceis** aderir aos **princípios** é imperativo indispensável. Isto deve levar a integrar as decisões suportadas pelo **direito válido**, sendo que as decisões vão incorporar os suplementos políticos em segundo lugar, conformando um predicado deontológico que persegue uma resposta correta. É desde tais princípios que são construídos argumentos que servem para reconstruir normativamente, através de justificações, o direito vigente. Todas as decisões judiciais devem ser razoáveis e coerentes, este quadro só pode ser desenhado, afirma Dworkin, por um julgador que tenha Hércules como modelo (DWORKIN, 1999, p. 267-268).

¹⁷ Dworkin fez uma analogia entre o processo adotado para o uso de precedência e o processo de escrever um romance em cadeia. Romance em cadeia é um livro escrito por vários autores diferentes, no qual cada autor deve dar continuidade à história escrita por aquele que o precedeu. Na analogia de Dworkin, assim como a qualidade criativa do autor é medida pela forma como ele constrói em cima de algo preexistentes, a opinião dos juízes é avaliada por meio das observações de como os argumentos são desenvolvidos a partir dos precedentes (TRIBE; DORF, 2007.)



2 DA METÁFORA DO JUIZ HÉRCULES¹⁸ (O DIREITO COMO INTEGRIDADE¹⁹) COMO PROPOSTA PARA SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Para embasar sua teoria da resposta correta, Dworkin utiliza-se da metáfora do juiz Hércules²⁰, o qual seria um juiz-filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver *hard cases* por meio de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso. Ao decidir um caso difícil, esse “juiz-filósofo” sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações congêneres. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa trajetória, que ele

¹⁸ A idealização da metáfora do juiz Hércules, entretanto, não encerra a teoria de Dworkin acerca da resposta correta. Duas outras ideias – “romance em cadeia” (*Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito, quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, na maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilo e filosofias judiciais e políticas diferentes em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia [...]; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.* DWORKIN, 2010, p. 235-236, 283) e “comunidade de princípios” (o qual coaduna-se com o modelo das regras (no sentido de) que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça e processo legal, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis. DWORKIN, 1999, p. 254) também servem de substrato teórico para completa compreensão da proposta deste autor.

¹⁹ Em idêntico sentido ao utilizado por Rafael Tomaz de Oliveira, **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito., 2008. p. 208.

²⁰ “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanos, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, 2010, p. 165).



também deve interpretar. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação, quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

Em Dworkin, a metáfora do juiz-filósofo pressupõe que em toda decisão o julgador está “onerado” a justificar seus fundamentos num contexto que envolve um argumento de princípio (OLIVEIRA, 2008, p. 208). O contexto justificador se mostra num conjunto de princípios coerentes que justifiquem a história narrada, na forma exigida pela equidade (OLIVEIRA, 2008, p. 208). Com efeito, o autor apresenta uma teoria pragmática que parte do pressuposto de que o direito seja uma prática interpretativa, sendo ainda relevante salientar que, “no interior do ‘método’ de Hércules, há uma nítida preocupação com o resultado da decisão” (OLIVEIRA, 2008, p. 216). Desse modo, uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, mas, especialmente, quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade²¹.

Habermas (1998, p. 283), com relação à metáfora de Hércules, afirma que esta teoria concilia decisões racionais do passado, reconstruindo-as a fim de que se obtenha aceitação no presente. Em outras palavras, reconcilia o direito à história. Ao analisar os precedentes, Hércules observará a existência de um fenômeno que Dworkin chama de “força gravitacional dos precedentes”²²: um juiz tenderá sempre a demonstrar que sua decisão está associada a uma decisão tomada no passado por outros juízes; desse modo segue a ideia intuitiva de que deve procurar decidir casos semelhantes de maneira semelhante. Essa força gravitacional é restrita aos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores.

É importante anotar, outrossim, que a fundamentação da decisão – proposta na teoria em análise – somente será correta na medida em que for possível perceber

²¹ Tanto é assim que a metáfora de Hércules, em seu *Império do Direito*, apresenta o direito como integridade em três dimensões: nos precedentes, nas leis e na Constituição. (OLIVEIRA, 2008, p. 216.)

²² A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à equidade que esta em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se discutir outros casos de maneria similar no futuro. (DWORKIN, 2010, p. 176).



que ela se encontra justificada num todo coerente de princípios que pressupõem uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, articulada na forma exigida pela equidade, tal como Dworkin descreve a partir da sua metáfora (OLIVEIRA, 2008, p. 176-177). Nesse contexto, resta evidente que a metáfora de julgador – ao tratar o direito como integridade - não somente afasta-se, como também supera as práticas discricionárias²³. Nas palavras de Lenio Streck (2010, p. 99), “o juiz Hércules é apenas uma metáfora para demonstrar a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto”.

Destarte, negar a existência de uma resposta correta, conformada com a Constituição, para cada caso (“portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico, por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo” (STRECK, 2009, p. 364)) pode significar a aceitação da discricionariedade, algo diametralmente oposto à proposta do juiz Hércules. A admissão de diversas respostas (ou interpretações) está diretamente relacionada ao conceito de regra, que tanta “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação de forma antecipada e independente do mundo prático (STRECK, 2009, p. 364), circunstância, evidentemente inaceitável, na medida em que o direito não pode ser resumido ao conceito de regra e por que esta mesma regra não consegue “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação ao caso concreto.

Dworkin (assim como o próprio Gadamer) procurou(ram) controlar o subjetivismo e a discricionariedade. Com efeito e conforme se extrai da lição de Lenio Streck, a negação à subjetividade solipsista em Dworkin (e também em

²³ A superação da discricionariedade, no modelo do juiz Hércules responde a uma necessidade de se conceber o direito como integridade, no intuito de se alcançar respostas corretas. Lenio Streck captura esta exigência de afastamento do julgador das práticas discricionárias, ao referir que: “A decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos como pré-compreensão (que não pode ser confundida, como muitas vezes acontece na doutrina brasileira, com a mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete). E esse ponto é fundamental! Isso por que é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente, a partir desse pressuposto é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas” (STRECK, 2010, p. 98)



Gadamer) surge a partir da postura anti-realista (mantida por ambos), do respeito à tradição e do respeito à integridade e da coerência do direito (STRECK, 2009, p. 370). É neste cenário que o método do juiz Hércules apresenta-se adequado e coerente, na medida em que (afastando-se do solipsismo e da discricionariedade judicial) desvela a resposta hermeneuticamente correta para “aquele” caso. Esta resposta correta, propiciada pela hermenêutica deve estar justificada (visto que a fundamentação das decisões judiciais exigida na Constituição, assim o exige) no plano de uma argumentação racional (STRECK, 2009, p. 365), decorrendo daí, um dos elementos que corroboram o afastamento (com a sua superação) por parte do juiz, das práticas discricionárias e solipsistas.

3 DA NEGAÇÃO À DISCRICIONARIEDADE E AO SOLIPSISMO

A superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo judicial constitui-se em premissa básica para que se busque, não a única e nem a melhor, mas “aquela” resposta que seja correta, conformada e adequada à Constituição²⁴. Com efeito, a aposta na discricionariedade (cuja matriz teórica tem origem nos discursos de Kelsen e Hart) tinha como objetivo reafirmar o modelo de regras do positivismo (STRECK, 2010, p. 89). Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões na regra, as posturas positivas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito seria/é (apenas) um conjunto de normas (regras) (STRECK, 2009, p. 364).

Para melhor compreender-se a necessidade de negação à discricionariedade judicial, convém – ao menos – identificar-se as características mais essenciais do próprio positivismo, segundo o qual (i) a existência do direito em uma sociedade depende das práticas do membros desta sociedade, (ii) a validade de uma norma independe da sua validade moral, (iii) todas as normas jurídicas abarcam todas as hipóteses de aplicação, ou seja, que nos chamados “casos

²⁴ E esta resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento ao “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca pela “verdade real”. (cf. STRECK, 2010, p. 97)



difíceis”, que não encontram solução na regra, o julgador deve recorrer à discricionariedade²⁵, ou seja, à sua convicção pessoal e à sua subjetividade.

E é daí que exsurge a necessidade de negação à discricionariedade judicial, seja por que o direito não é (e jamais foi) somente um conjunto de regras²⁶, seja por que o julgador não pode e não deve decidir conforme a sua consciência e subjetividade. A negação a este modelo discricionário e solipsista, portanto, remete à necessidade de se identificar a resposta correta à luz da hermenêutica, para aquele caso concreto. O positivismo (tanto em Hart ou mesmo em Kelsen) não consegue compreender que a regra não abarca todas as possíveis situações de aplicação de forma antecipada e desvinculada da realidade prática. E é por isso que, em pleno modelo do Estado Democrático de Direito, em que os princípios “resgatam o mundo prático” (STRECK, 2009, p. 168), não é possível admitir-se, por exemplo, que o Código Civil atual reintroduza cláusulas (abertas) que autorizem o julgador – a partir de sua própria consciência – a preencher lacunas ou incompletudes legais, “a partir da ‘descoberta’ de valores que estariam em uma metajuridicidade” (STRECK, 2009b, p. 169).

A importância destas reflexões residem no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “direito enquanto sistema de regras”, o que somente é possível mediante a introdução dos princípios²⁷ na interpretação e na compreensão da constituição, uma vez que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart (STRECK, 2009a, p. 337). Em verdade, defender que a discricionariedade seria algo inerente ao direito significa, na prática, sustentar o protagonismo judicial o que, evidentemente, não se coaduna

²⁵ Conforme Lenio Streck, para quem estas questões estão presentes no pensamento de Kelsen e de Harte, que se constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”. (STRECK, 2009, p. 335).

²⁶ No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para os princípios e para discussões relacionadas ao “caso concreto”, contrariamente ao que ora se advoga, onde “falar em princípios é falar em mundo prático, em faticidade e não em ‘enunciados assertóricos’” (STRECK, 2009, p. 168)

²⁷ Nesse diapasão, para Juarez Freitas “o juiz (...) exerce poder criativo, devendo lutar, dialética e transdogmaticamente, para superar, no campo da hermenêutica, toda e qualquer subserviência ao Executivo e ao Legislativo”, vale dizer, investindo na atividade interpretativa a possibilidade de resgatar os princípios constitucionais, que representam uma escolha (ideológica) de um formato político bastante claro – a democracia de direito. (FREITAS, 1989)



com a democracia, na medida em que a democracia “não se relaciona bem com a discricionariedade”²⁸.

Com efeito, é inegável que a tradição representada pelo modelo liberal-burguês trabalhava o direito como um sistema de regras, separado da moral e da política. Os princípios (que eram os “gerais de direito” (STRECK, 2009b, p. 252)), neste modelo, tinham a função positivista de fechar o direito e de dotar um juiz de um enorme poder discricionário²⁹. É neste contexto que Dworkin faz suas críticas ao poder discricionário que Hart atribui aos juízes para resolver casos difíceis, a partir do qual estariam aptos a “criar” um novo direito, ao invés de aplicar o direito estabelecido e preexistente (OLIVEIRA, 2008, p. 176). Nesta mesma medida, é rejeitada a concepção de que o julgador teria poderes para, também nos casos difíceis, preencher ou corrigir lacunas legislativas através do exercício da discricionariedade. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito (OLIVEIRA, 2008, p. 176). O positivismo ao centrar-se em seu “modelo de regras”, deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial.

Ora, na medida em que o positivismo prega a ausência de espaço para os princípios, as regras teriam que ter o condão de resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva (STRECK, 2009b, p. 169), sendo justamente esta a maior falha (ou insuficiência hermenêutica) do positivismo, ante as limitações das regras, em face a casos difíceis³⁰. O positivismo, ao ignorar os argumentos de princípio, equivocadamente, abre espaço para a discricionariedade, na medida em que permite que o julgador – ao se deparar um com *hard case* – faça a “melhor” escolha (baseada em sua vontade e consciência subjetiva).

A admissão da discricionariedade judicial ou de “decisionismos” reflete o próprio modelo positivista, que o Estado Democrático de Direito procura superar, “exatamente pela diferença ‘genética’ entre regras e princípios” (STRECK, 2009b, p.

²⁸ Aliás, esta é a crítica mais veemente de Dworkin a Hart. (STRECK, 2009a, p. 348).

²⁹ Neste quadro, a introdução dos princípios na solução dos chamados casos difíceis, representa uma ruptura com o modelo positivista que considera o direito com mero sistema de regras.

³⁰ O direito seria, assim, uma mera moldura na qual os fatos serão subsumidos, como se fosse possível separar fato e direito (STRECK, 2009b, p. 169).



166). É nesse contexto, que os princípios detêm a finalidade de impedir as chamadas “múltiplas respostas”, literalmente fechando a interpretação, razão por que é equivocado afirmar que os princípios são mandatos de otimização³¹ e de que as regras traduziriam a tese das especificidades, uma vez que tal entendimento redundaria na conclusão de que os princípios seriam cláusulas abertas, ou seja, espaço reservado à livre atuação subjetiva do juiz.

A negação à discricionariedade judicial, sob a qual se sustenta o positivismo, implica na necessidade de se lançar mão dos princípios, na solução dos conflitos (caso concreto) e na identificação da resposta correta. Com efeito, os princípios têm o condão de ir além da carga de abstração da norma, superando justamente as práticas positivistas. Ou, conforme explica Lenio Streck: “Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia), por que essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade” (ÁVILA, 1999, p. 171).

Os princípios, portanto, conferem “espessura”³² à regra, dotando-a de significatividade. E, a partir desta perspectiva, revela-se incorreta a assertiva daqueles que defendem que os princípios seriam meros “postulados” ou “mandatos de otimização”, isso seria o mesmo que afastar mundo prático ínsito aos princípios, abrindo espaço para a abstração das regras (STRECK, 2009b, p. 171). Nesse sentido, defender a possibilidade de superação dos princípios pelas regras fere o próprio espírito democrático, na medida em que se admitiria, por exemplo, que a Constituição fosse interpretada e aplicada com base em leis ordinárias.

É através dos princípios que é possível advogar a tese da resposta correta para cada caso concreto que, na solução dos “casos difíceis”³³, evita a discricionariedade e o solipsismo judicial³⁴. Isto significa afirmar que o modelo de direito sustentado no esquema de regras do positivismo está superado, não obstante

³¹ Humberto Ávila rejeita também a ideia de princípios como mandamentos de otimização, pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados “na mesma medida” (ÁVILA, 1999, p. 163)

³² Expressão utilizada por Lenio Streck (2009b, p. 171).

³³ Não obstante a inadequada distinção entre casos fáceis e difíceis já referida neste texto.

³⁴ “A resposta não provém do discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.



ainda seja dominante no âmbito da dogmática jurídica cotidiana³⁵. Neste contexto, revela-se bastante razoável concluir-se que a arbitrariedade, enquanto produto da discricionariedade, não será resolvida através de regras, exatamente por que a arbitrariedade e o decisionismo são consequências do positivismo que, em suas diversas roupagens, sempre abstraiu a situação concreta no ato de aplicação (STRECK, 2009a, p. 338).

Não restam dúvidas de que a negação à discricionariedade judicial é pano de fundo para o desenvolvimento de uma teoria jurídica que tenha com objetivo alcançar-se respostas corretas e adequadas à Constituição. Ora, o direito é um saber prático e sua meta é buscar condições para a concretização de direitos constitucionalmente estabelecidos e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas (STRECK, 2009a, p. 339), justamente, por que a produção democrática do direito não pode ficar “refém” da subjetividade ou da consciência pessoal dos julgadores. O caminho para isto? A partir da hermenêutica e da análise do caso concreto, identificar a resposta correta e constitucionalmente adequada para “aquele” caso (difícil ou não).

4 DO DIREITO FUNDAMENTAL A RESPOSTAS/INTERPRETAÇÕES CORRETAS NO DIREITO

Partindo da premissa básica de que existe um direito fundamental de que a Constituição e seus princípios basiladores sejam cumpridos, a existência de um direito fundamental a respostas corretas surge como decorrência direta deste pressuposto. A decisão constitucionalmente correta, nesse sentido, vem ao encontro da função transformadora do Estado Democrático de Direito que, em seu texto constitucional, institucionaliza o “ideal de vida boa” e através de seu conteúdo compromissário, aponta para a possibilidade de resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume especial relevância em países de modernidade tardia – como o Brasil – onde o chamado “estado social” não passou de uma simulação (STRECK, 2009a, p. 330).

³⁵ Sendo justamente este o desafio do jurista no dia-a-dia, seja na advocacia, seja no foro, ou seja, superar a discricionariedade e o solipsismo judicial, para combater o protagonismo judicial e as decisões arbitrárias.



Em poucas palavras, a resposta correta, adequada e conformada com a Constituição tem um grau de abrangência e fundamentação que impede a existência de decisões discricionárias ou solipsistas, sobretudo, por que exige que a decisão seja concretamente justificada, a partir da reconstrução do direito (coerência e integração), com aportes da doutrina e da jurisprudência, confrontando tradições e por que atende ao comando do art. 93, inciso IX da Constituição Federal³⁶, o qual determina a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade³⁷.

Nesta senda, a resposta correta³⁸ é aquela que pode ser confirmada na própria Constituição, decorrendo daí seu cariz de direito fundamental. E, justamente, por que a decisão (resposta correta) deve ser adequada à Constituição, é que a mesma não pode – sob pena de violação ao “princípio democrático” (STRECK, 2010, p. 97) – depender da consciência do julgador, no seu “livre convencimento”, da sua “íntima convicção”, na “livre apreciação da prova”, nas “máximas da experiência” ou na busca da “verdade real” (STRECK, 2010, p. 97), para falar apenas de alguns destes artifícios, muitas vezes utilizados para “justificar” decisões solipsistas e arbitrárias, mas que, entretanto, escondem um caráter subjetivista e discricionário, típico do paradigma positivista.

Destarte, a compreensão de que a resposta correta, conformada e adequada à Constituição é um direito fundamental, significa observar que as teorias do direito e da constituição, verdadeiramente comprometidas com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais, dependem de um conjunto de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos para: (i)

³⁶ “Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (IX) - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

³⁷ Nesse sentido, Lenio Streck sugere que se compreenda o tema a partir de um dever de “fundamentação da fundamentação”, traduzido por uma radical aplicação do art. 93, IX da Constituição. Para o autor, uma decisão mal fundamentada não seria sanável nem mesmo por embargos de declaração, uma vez que esta decisão encontra-se eivada de inconstitucionalidade e, portanto, é nula de pleno direito. (STRECK, 2009b, p. 571)

³⁸ E não somente para os “casos difíceis”, mas para todas as situações e conflitos trazidos ao Poder Judiciário.



preservar a autonomia do direito; (ii) estabelecer condições para um controle da interpretação constitucional, para fins de impor limites à discricionareade judicial; (iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; (iv) estabelecer que a fundação das decisões é um dever fundamental dos juízes e dos tribunais; (v) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada (STRECK, 2009b, p. 541-542; STRECK, 2010, p. 96-97).

E isso, é exatamente oposto à afirmação de que o juiz tem poder discricionário de resolver um *hard case*; por que tal afirmação significa dizer que, diante de várias alternativas de solução, o juiz pode optar por aquela que melhor lhe agrade (a partir de uma “escolha” pessoal e subjetiva). O juiz não pode “eleger” a solução que ele próprio entendeu a mais adequada, diferentemente, é sua responsabilidade/obrigação, à luz do art. 93, inciso IX da Constituição, motivar e fundamentar sua decisão, ou, em outras palavras, “explicitar as condições pelas quais compreendeu” (STRECK, 2009b, p. 542) as razões de fato e de direito que lhe levaram a decidir (não escolher). O dever de fundamentar as decisões judiciais, pois, é compreendido com um “dever fundamental” do juiz e um “direito fundamental” do cidadão.

A decisão, pois, jamais deve ter por base uma “escolha”, mas sim o comprometimento com algo que se antecipa (STRECK, 2010, p. 98), sendo que no caso de uma decisão judicial, o que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito, ressaltando-se que essa construção não é a soma de diversas ideias, mas sim, um todo que se apresenta como a interpretação mais adequada do direito (STRECK, 2010, p. 98).

Em outras palavras, toda decisão deve se fundar em um compromisso e esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito (com especial destaque aos princípios, como indícios formais dessa reconstrução) e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido” (STRECK, 2010, p. 98). A decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em



que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

O direito fundamental à resposta correta, portanto, vai além de compreender o direito como sendo um conjunto de regras ou de aceitar que se institucionalize “fundamentações” baseadas somente em súmulas, “repercussão geral” ou em decisões anteriores. O direito não é somente (mas também) o que o judiciário diz que é³⁹, mas sim aquilo que se constrói a partir da hermenêutica e das especificidades e necessidades do caso concreto.

Nesse sentido, aliás, a resposta correta e conformada à Constituição terá outras implicações, como a garantia de direitos fundamentais processuais. O direito fundamental ao devido processo legal (*due process of law*) ou ao processo justo⁴⁰, por exemplo, garante ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário para que lhe seja alcançada a tutela jurisdicional adequada e esta garantia requer a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, ou seja, exige uma resposta hermeneuticamente correta e adequada à Constituição.

É a partir desta perspectiva que procedimentos que visem a criar regras gerais e universalizantes (como por exemplo, a obrigatoriedade do instituto da “repercussão geral”⁴¹ como condição de admissibilidade dos Recursos

³⁹ “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até por que os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado. (STRECK, 2010, p. 107)

⁴⁰ Destaca Luigi Paolo Comoglio que a garantia ao *justo processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo *efetivo* com *duração razoável*, entre outras) “che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo”. (COMOGLIO, 2004, p. 278)

⁴¹ Lei 11.418 de 2006 que introduziu no Código de Processo Civil a exigência da comprovação de “repercussão geral” para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário. “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” No mesmo sentido, veja-se a redação do artigo 543-B do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º



Extraordinários ao Supremo Tribunal Federal) que permitam julgamentos “em massa”, devem ser encarados como verdadeiro retrocesso na busca pelo ideal de justiça preconizado pelos princípios constitucionais e pelo próprio espírito do Estado Democrático de Direito.⁴²

A partir das considerações até o momento expeditas, é possível afirmar com toda a segurança que o direito à resposta correta e adequada à constituição é sim de caráter fundamental. Nesse sentido, do mesmo modo em que há um dever fundamental de justificar/motivar as decisões judiciais, existe também um direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas (STRECK, 2009b, p. 571). Com efeito, existe uma ligação quase que genética entre esse dever de fundamentar e esse direito fundamental à resposta correta. A relação de complementariedade entre um e outro oferece uma “blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo do texto constitucional” (STRECK, 2009b, p. 571), ou seja, a obtenção de respostas corretas no direito tem o condão de substituir qualquer pretensão discricionária por uma postura história/concreta, a partir da tradição, da coerência e da integridade do direito, com vistas a se obter a resposta hermeneuticamente adequada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo** 215.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.”

⁴² Nesse sentido, oportuna a reflexão de Lenio Streck: “O que resta ao direito? Qual o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do ‘leito de Procusto’, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc...). E as ações são julgadas por ‘pilhas’.” (STRECK, 2010, p. 106).



- DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. São Paulo: Madras, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Porto Alegre: Edipucrs, 1989.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HART, H. L. A. **Ensaio sobre a teoria do direito e filosofia**. Tradução: José Garcez Ghirardi; Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão Técnica Ronaldo Macedo Porto Júnior; Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.
- RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**. El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2009a.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.