XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JEAN CARLOS DIAS

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JEFERSON DYTZ MARIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jean Carlos Dias; José Alcebiades de Oliveira Junior; Jeferson Dytz Marin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Integram este livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I do XXVII Congresso do CONPEDI, que se realizou de 14 a 16 do mês de novembro de 2018, na UNISINOS, cidade de Porto Alegre – Estado do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos apresentados enquadram-se, portanto, na pesquisa a respeito das Teorias Justiça, da Decisão e Argumentação Jurídica, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil.

Os textos agora reunidos, em torno de 12 escritos, são bastante ricos pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional, apontando para a relevância dos temas e sua atualidade.

Nesse sentido, teceremos breves comentários sobre aqueles que foram realmente apresentados no dia 15, neste GT e nesse grande XXVII Conpedi. Em primeiro lugar, Lorraine Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel, em seu texto "O incidente de resolução de demandas repetitivas e a construção participada do mérito dos precedentes", analisam, com base no pensamento de Habermas, as possíveis limitações democráticas do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, tal como previsto no atual Código de Processo Civil. Em segundo lugar, o texto intitulado "O Sentido dos Direitos Fundamentais", escrito por Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, abordou o conceito de direitos fundamentais em Jorge Miranda, tecendo dura crítica à modulação dos efeitos temporais da decisão, prerrogativa concedida ao STF, que se entende arbitrária. Logo a seguir, em um terceiro momento, tivemos a apresentação do trabalho "Desenvolvimento sustentável e liberalismo de John Rawls", escrito por Amanda de Souza Gonçalves e Versalhes Nunes Ferreira, e que em síntese tratou-se de uma instigante tentativa de aproximar a equidade rawlsiana para o embasamento de um tema tão caro a todos nos tempos atuais, a sustentabilidade. Na sequência, em quarto lugar, foi apresentado o tema da "Derrotabilidade das regras jurídicas", por Gisele Santos Cabral, e que investigou, a partir do pensamento de Herbert Hart, a hipótese de que as normas jurídicas possam ter a capacidade

de acomodar exceções de incidência, isto é, possam ser derrotáveis. Em quinto lugar, assistimos "O Processo Judicial como discurso Jurídico", apresentado por Paula Ferla Lopes, e que tratou das relações entre o Discurso Jurídico e o processo judicial, buscando suas aproximações e identificações. O tema do "Direito Social a moradia e a efetividade das políticas públicas", veio a seguir, em sexto lugar, escrito por Lais Rizardi e Ednilson Donisete Machado e nos trouxe a sempre atual discussão sobre as prestações positivas dos Estados Sociais em nossas realidades tão desiguais. Em sétimo lugar, Rafaela Brandão de Sá e Ana Cláudia de Pinho Godinho examinaram a configuração dos Estados Latino-Americanos como plurinacionais sob o enfoque das concepções de justiça encampadas por Nancy Fraser, em especial, quanto às exigências de representação e seus desdobramentos no pensamento da autora, no texto "Justiça Social e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: diálogo entre a concepção de Justiça Social em Nancy Fraser e as bases do Estado plurinacional". Em sequência, já na oitava apresentação, tivemos "O Juspositivismo e a atividade jurisdicional na atualidade", de Ricardo Pinha Alonso e Fernanda Mendes Sales Alves, e que por sua vez repôs a grave problemática da atividade jurisdicional no mundo complexo de hoje, realizando críticas as várias escolas que tratam do tema, sobretudo quanto aos seus intérpretes e aplicadores. Como nono trabalho assistimos "Crise da Legalidade e concretização da Justiça na Realidade brasileira", de Andreia Azevedo de Lima Wada e Francisco Cardozo Oliveira, texto que enfrentou a crise da legalidade, sob a perspectiva de Ludwig Wittgenstein, tendo como teórico o autor de Tractatus Logico-Philosophicus, de 1922, que exerceu profunda influência no desenvolvimento do positivismo lógico. Mais tarde, as ideias por ele formuladas a partir de 1930 e difundidas em Cambridge e Oxford também impulsionaram um outro movimento filosófico, base do artigo, a denominada "filosofia da linguagem comum" ou "ordinária". Como décimo trabalho, presenciamos "A análise do Efetivo Exercício da Jurisdição no Estado democrático a partir da fundamentação dos votos proferidos pelo STF na decisão ADI 5501 MC/DF", de Jéssica Duque Cambuy, que examinou a ADI 5501 sob a perspectiva da crise jurisdicional e da constatação da insuficiência de instrumentos que assegurem uma jurisdição democrática. "Constituição, Epistemologia e Decisão Judicial: a necessidade de construção de um modelo normativo de fundamentação do juízo de fato", nos chegou por obra de Angélica Mota Cabral e Gabriela Pimentel Pessoa como décimo primeiro tema, e que cuidou da decisão judicial, construindo uma análise epistemológica, com aferição, ao final, da necessidade de uma mudança paradigmática. Por fim, como décima segunda e última apresentação dos autores presentes, retornamos ao tema da derrotabilidade, sobre o qual o prof. Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello no texto "Derrotabilidade normativa", refletiram a respeito do alcance das exceções de incidência normativa e sua possível aplicação ao campo dos princípios jurídicos.

De modo que, como se vê, a diversidade, sem fuga do tema geral proposto por este GT acerca das Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I, foi, assim, um dos pontos altos dos debates ensejados pelas apresentações dos temas, demonstrando, pois, a qualidade da pesquisa nacional aqui representada, o que, indiscutivelmente, nos leva a recomendar a todos os interessados na área, a leitura deste livro.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Centro Universitário do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin - Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Santo Ângelo

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O SENTIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE SENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Marcelo Cacinotti Costa [1]
Vinicius de Melo Lima [2]

Resumo

Pretende-se ressaltar a importância do sentido das coisas no Direito, principalmente o sentido dos Direitos Fundamentais na Constituição. O papel da tradição histórica no contínuo processo de construção e sedimentação de sentido. Também, é possível identificar uma profunda crise de fundamento, não só em relação ao sentido das coisas, mas, também, pelo avanço de posturas relativistas que causam fissuras no Direito e na Constituição. Nessa linha, identifica-se, na prática decisória (STF), uma perigosa tendência relativista, abrindo-se um flanco para a iminente flexibilização da Constituição.

Palavras-chave: O sentido dos direitos fundamentais, Flexibilização da constituição, A tradição histórica

Abstract/Resumen/Résumé

It is intended to emphasize the importance of the meaning of things in the Law, especially the sense of Fundamental Rights in the Constitution. The role of historical tradition in the continuous process of construction and sedimentation of meaning. It's also possible to identify a deep crisis of foundation, not only in relation to the sense of things, but also, by the advance of relativistic positions that cause cracks in the Law and in the Constitution. In this way,in the decision-making practice (STF), a dangerous relativist tendency is identified, opening a flank for the imminent flexibilization of the Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The sense of fundamental rights, Flexibility of the constitution, The historical tradition

---

[1] Advogado/RS. Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito – Universidade Regional Integrada – URI. Professor do Curso de Direito da UNICRUZ, Universidade de Cruz Alta-RS.

[2] Promotor de Justiça/RS. Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Direito da ULBRA, Torre-RS

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em tempos de *crise no direito*[1], impõe-se abordar alguns temas importantes para uma reaproximação como sentido das coisas, principalmente em se tratando da Constituição (Streck) e dos Direitos Fundamentais (Jorge Miranda).

A preocupação com o *sentido das coisas* não é novidade no contexto filosófico, chegando a ocupar a centralidade da obra de Martin Heidegger, já que, ao identificar o subjetivismo como um problema interpretativo instaurado na filosofia da modernidade, buscou alternativas metodológicas para tratar da questão.

Os grandes problemas muitas vezes são pensados com soluções singelas, por vezes tão evidentes que sequer são enxergados. Ora, se tendencialmente o sentido das coisas se direciona para um horizonte subjetivista, principalmente com o desprestígio da ciência frentes aos horrores das guerras, circunstância que marcou a filosofia pós-primeira guerra[2], nada mais lógico que trilhar o caminho inverso: pensar as coisas a partir da sua faticidade.

No pensamento kantiano seria possível conceber as palavras como signos das representações, meios sensíveis capazes de veicularem conteúdos dotados de significação, os quais são os que representam verdadeiramente as coisas. Portanto, como refere Stein, para Kant o objetivo da interrogação não é o conteúdo do conhecimento, mas as formas em que ele nos é dado. E estas são as condições que permitiram brotar a subjetividade como um caminho possível para contrapor o método científico já bastante enxovalhado no início do Século XX.

Tanto Brentano, como Husserl, tratavam a transcendentalidade como sendo a própria intencionalidade. Assim, Husserl pretendia mostrar na sua fenomenologia que tudo com o qual o homem se relaciona no cotidiano tem um sentido transcendental, o qual é dado pela consciência que possui em si a estrutura da relação sujeito-objeto. Martin Heidegger, por outro lado, embora discípulo e aluno de Husserl, passa a duvidar dessa relação íntima relação entre

---

[1] Falar em *crise no direito* em *terrae brasilis* importa necessariamente se reportar à obra de Lenio Luiz Streck ao que denominou de NCD – Nova Crítica do Direito: "A crise que fustiga o direito – que, sem dúvida, causa um mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o direito enquanto fator de transformação social – está obnubilada por um discurso dogmático que continua refém de um sentido comum teórico, no interior do qual o sentido do ser se apaga. Daí que a não função social do direito, e portanto a sua (não) inserção no horizonte do sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, ocorre porque este, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, portanto, a partir das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma infinidade de "inautenticidades". Em consequência, o jurista faz direito repetindo-o através de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, ficando, assim, impossibilitado de penetrar nesse mundo falado/dito.

[2] Heidegger não diz nomes mas é preciso saber que a grande massa da literatura ideológica daqueles anos tinha uma tendência metafísica. Isso era natural. Pois o jeito mais fácil de fugir ao desconforto pela física da vida era fugir para um 'meta' de qualquer grande interpretação especulativa. SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 133.

fenomenologia e consciência desenhada pelo seu Mestre. Daí o método das *indicações formais*[3] (*formale Anzeige*) pensado por Heidegger com o objetivo precípuo de resgatar a filosofia das amarras da subjetividade (relativismo).

A indicação formal, em síntese, se expressa principalmente no ato de perceber, escutando atentamente um conceito filosófico para possível relação consigo mesmo; suspeitar e até rejeitar os caminhos trilhados, sem esquecer o caminho até então percorrido (tradição histórica); estar aberto para o que se mostra como possibilidade concreta de compreensão; estar preparado para a própria mudança frente ao acontecer do fenômeno concreto, o qual é concernente à própria vida ao ponto de levar à transformação, à conversão em si mesmo.

O método das indicações formais está contido nos desdobramentos da própria vida, a partir da noção de *estar-no-mundo* em meio a possibilidades, uma relação de constante preenchimento dos contornos da vida pelo inesgotável contexto de sentido decorrente da facticidade. Também, a antecipação de sentido (*linguagem*[4]*)* e a *posição prévia* têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois é a partir delas que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo[5].

Notadamente que falar em sentido significa, de uma forma ou de outra, cair no problema da conceituação ou do nominalismo[6]. E isso não representa, a primeira vista um

---

[3] O termo *formale Anzeige* pode ser traduzido como "indicação formal" ou "indício formal", havendo uma pequena diferenciação em relação ao traduzido: primeiramente, a palavra "indicação" parece ter um uso mais abrangente do que a palavra "indício". Em segundo lugar, devido à interpretação que fazemos do conceito. Para exemplificar: dizemos que uma placa de trânsito é uma indicação de, por exemplo, um caminho para uma cidade. Mas não costumamos dizer que ela é um indício de um caminho até a cidade. Uma pegada na lama, por outro lado, pode tanto ser vista como um indício de que alguém esteve ali, mas também como uma indicação de que alguém passou ali. Parece que a noção de *formale Anzeige* possui esse sentido mais amplo, que tanto aponta indícios como serve de indicação para o caminho a ser seguido na investigação filosófica. Portanto, optou-se em utilizar as duas formas no texto de forma indistinta.

[4] A linguagem constitui-se de modo fundamental de realização de nosso ser-no-mundo, a forma de constituição de mundo que tudo envolve. Essa definição nos remete sempre aos enunciados da ciência, congelados em signos destituídos de linguagem, e à tarefa de reconduzir nosso mundo atual, colocado à disposição do arbítrio pela ciência, esse mundo que chamamos de técnica, às ordenações fundamentais de nosso ser. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p.255.

[5] Concepção prévia e método, caminho encetado, jorram da mesma fonte de sentido. Sabendo-se isso, há que deixar em aberto (*offenzuhalten*) a fixação de sentido de *método* em favor de um significado formal indiciador, por exemplo, caminho para descrições e determinações propriamente concretas. Uma vez efetuado e consumado o processo da indiciação formal de significado por concretizações próprias singulares, consumações singulares de caso a caso, então simultaneamente são anulados os aspectos antecipatórios na dinâmica da realização em processo. SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Notas sobre a relação entre indiciação formal e experiência**. Nat. hum., 2012, vol.14, nº.1, p.39, ISSN 1517-2430.

[6] Tanto as análises de Kripke, Donellan, como as de Frege, Searle e Strawson nos deixam em todo o caso concluir que a "concepção 'intencionalista' tradicional da conexão entre palavras e o mundo parece ser falsa em casos individuais e filosoficamente comprometedora". É por isso que afirma Rorty que "na nova filosofia da linguagem 'impura' praticamente já se tornou dogma que as doutrinas que soam 'idealisticamente' de Quine, Wittgenstein, Sellars, Kuhn e Feyerabend devem ser refutadas através do retorno ao princípio básico da semântica, derrubando a teoria referencial 'intencionalista' de Frege para em seu lugar colocar algo melhor. A ideia básica é que sempre estaremos em "contato com o mundo" quando o mundo se nos estende para nós vinculando a linguagem com as

problema, entretanto, traz uma consequência inexorável que é a da definição como algo dado e exaurido.

Neste ponto se verifica a primeira contribuição dos indícios formais para a área do conhecimento (jurídico), pois se destina a conviver com os fenômenos do mundo da vida. Manter sempre presente a ideia de que o mundo empírico é composto de formas prévias que podem ser comparadas aos signos, com clara e nítida tarefa de tornar as coisas no mundo compreensíveis, mas, contudo, o contexto de sentido que dará o preenchimento dessa moldura é auferido somente no caso concreto e em meio à singularidade própria das pessoas, isto é, na facticidade.

O positivismo, como ato de dar nomes, é algo inerente à própria vida, tão indispensável que inviabilizaria o convívio e o entendimento social. Qualquer cogitação a relativização do rigorismo entre coisas, nomes e significados, traria inevitavelmente o caos. Viver num ambiente cujo processo de significação pudesse ser alterado ao alvedrio dos interlocutores afetaria sobremaneira a comunicação e os processos de relacionamento social ficariam profundamente afetados pela insegurança. Daí a preocupação com o subjetivismo cada vez mais acentuado (no Direito), principalmente no avanço do relativismo em relação à Constituição (Direitos Fundamentais[7]), capaz de gerar rupturas e o próprio esvaziamento de sentido.

Daí, exsurge a necessidade de se questionar práticas jurídicas que, embora possam estar bem intencionadas, acabam fragilizando a Constituição e o Direito[8].

1. O PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO MORAL NO RASTRO DA TRADIÇÃO HISTÓRICA

A concepção dos direitos em sociedade é algo que decorre de um processo contínuo de construção, como diria Gadamer, que vai se sedimentando ao longo do tempo a partir das

---

relações fáticas (causais por exemplo), enquanto segundo a velha concepção fregueana sempre subsiste o perigo de que possivelmente podemos perder o mundo ou com ele nunca estávamos efetivamente conectados" (Rorty, 317). STEIN, Ernildo. **Paradoxos da Racionalidade**. Porto Alegre: Pyr Edições, 1987, p. 117-118.

[7] "(...) buscando tratar o tema dos direitos humanos com o devido cuidado, exsurge reivindicações normativas que se justifiquem em uma base moral universalista cujos conteúdos penetram, há muito, nos direitos humanos e civis das constituições democráticas, através da ideia de dignidade humana. LIMA, Vinicius de Melo. Costa, Marcelo Cacinotti. **Direitos Sociais e Narrativas Processuais**: o policentrismo decisório na democracia brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.56-57.

[8] O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 27.

experiências[9]. Também, e não menos importante, a análise heideggeriana sobre a noção de ser (sentido) dirá que ele é indissociável da concepção do tempo, pois, é possível dizer que algo é, somente a partir da contextualização do que foi dito no seu tempo.

Dessa forma, os conceitos formadores da base fundamental do Direito, tais como liberdade, democracia e dignidade... formadores dos direitos fundamentais, têm na sua gênese uma formação decorrente de uma positivação (de sentido) mínima, cujos desdobramentos vão se construindo na tradição histórica, variável de acordo com as transformações sociais e decorrente da própria necessidade de transcendência.

Daí alguns requisitos básicos decorrentes da própria herança histórica, como ressalta Jorge Miranda: "Não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, (...); não há direitos fundamentais sem Estado, ou pelo menos, sem comunidade política integrada. (...) Não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria de pessoas, (...) não há direitos fundamentais em Estado totalitário"[10].

A formação do Estado, portanto, é algo que não se exaure em um acontecimento e não pode ser definida em uma palavra, pois abrange um vasto contexto de significações e acontecimentos históricos, os quais jamais devem ser desprezados ou sobrepostos uns sobre os outros. A complexidade da formação histórica é algo inerente à própria significação das coisas, como registra Gadamer:

> No conceito de *formação* percebe-se claramente quão profunda é a mudança espiritual que nos permite parecer contemporâneos do século de Goethe, e, em contrapartida, considerar a época barroca como um passado pré-histórico. Conceitos e palavras decisivas, com as quais costumamos trabalhar, foram cunhadas naquele tempo, e quem não quer se deixar levar pela linguagem, esforçando-se por alcançar uma autocompreensão histórica fundamentada, vê-se obrigado a encontrar um caminho entre questões da história da palavra e do conceito[11].

A tendência pós-moderna da doutrina constitucional não limita à proteção aos direitos humanos fundamentais àqueles que acabaram por ter previsão no texto normativo, simplesmente porque dispor de um rol taxativo de direitos contraria a gênese de qualquer texto constitucional democrático, isto é, não é possível fazer qualquer tipo de restrição a pessoas e

---

[9] O homem experimentado evita sempre e de modo absoluto o dogmatismo, e precisamente por ter feito tantas experiências e aprendido graças a tanta experiência está particularmente capacitado para voltar a fazer experiências e delas aprender. A dialética da experiência tem sua própria consumação não num saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.465.

[10] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais, Tomo IV**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 10.

[11] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 44.

ou a direitos, respaldando o interesse coletivo e, ao mesmo tempo, sem dispersar, também, o seu dever de ser contramajoritário, embora pareça paradoxal[12].

Para Jorge Miranda, direitos fundamentais são "direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar[13].

A noção de Constituição, pensada na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa, é a eclosão de uma sucessão de eventos históricos, como a Magna Carta de 1215[14], a colonização das colônias da América do Norte, as doutrinas do pacto social[15] dentre outros acontecimentos sociais, os quais foram, paulatinamente, sedimentando direitos e adquirindo elementos determinantes em cada etapa histórica. É nesse pano de fundo que se convencionou que determinadas matérias, em sua essência, seriam constitucionais, ou seja, teriam *status* de texto constitucional.

Assim, a noção de materialidade constitucional, isto é, a ideia de que há matérias que em sua essência são dignas de estarem em uma Constituição é histórico, pois reflete a concepção de determinado momento epocal, em determinado espaço, resolvendo-se, assim, sobre o que se deve entender por matéria constitucional. Portanto, havendo a íntima relação do tempo

---

[12] A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea. Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011, p. 74.

[13] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais, Tomo IV**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p.12.

[14] A Magna Carta (significa "Grande Carta" em latim), cujo nome completo é *Magna Charta Libertatum*. Documento assinado em 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do rei João, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Segundo os seus termos, rei João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. A Magna Carta é considerada o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo.

[15] As teorias que visam explicar os caminhos que determinaram a formação dos Estados e/ou a vontade de manter a ordem social. Essa noção de contrato traz implícito que as pessoas abrem mão de certos direitos para um governo ou outra autoridade a fim de obter as vantagens da ordem social. O contrato social seria um acordo entre os membros da sociedade, pelo qual reconhecem a autoridade, igualmente sobre todos, de um conjunto de regras, de um regime político ou de um governante. As teorias sobre o contrato social se difundiram entre os séculos XVI e XVIII como forma de explicar ou postular a origem legítima dos governos e, portanto, das obrigações políticas dos governados ou súditos, tendo como principais expoentes: Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762).

(história) com o sentido das coisas (Constituição), não é possível falar em rol (taxativo) de direitos fundamentais. Esse entendimento pode ser verificado na Emenda IX do *Bill of Rights* americano de 1791: "A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo".

No *Bill of Rights,* os direitos previstos no texto da Constituição não excluem outros que nela não estejam, ou seja, os direitos da Constituição americana possuem um rol exemplificativo. Da mesma forma, a Constituição da República do Brasil, em seu artigo 5º, §2º, dispõe que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Há consenso, pois, que o rol de direitos fundamentais de toda e qualquer constituição democrática não pode ser taxativo, simplesmente porque iria de encontro a sua gênese. No ponto, Jorge Miranda, ao citar Norberto Bobbio, refere dizendo que "A fundamentação absoluta não só é ilusória como, algumas vezes, é um pretexto para defender posições reacionárias. Não se trata, pois, de a encontrar, mas de procurar os vários fundamentos possíveis dos direitos fundamentais"[16].

Tratar das coisas com o seu sentido "criado" de modo artificial, acreditando na real possibilidade de "inventar sentidos" a partir da própria subjetividade é cair num profundo fosso arbitrário e, ao mesmo tempo, negar a complexidade do mundo da vida, única capaz de conduzira ao verdadeiro significado. Nesse norte, necessário concordar com o pensamento de Jorge Miranda de que a fundamentação dos direitos do homem ocorre no contexto cotidiano da vida e dos valores que visa proteger[17].

Daí a importância da filosofia para o Direito, como há muito se verifica na obra de juristas como Lenio Streck, conforme apresentação de sua obra realizada por Ernildo Stein[18]. E assim, a presente reflexão identifica uma real importância do método dos indícios formais,

---

[16] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais, Tomo IV**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 62.

[17] "O característico das conceções filosóficas consiste em conferir uma fundamentação aos direitos do homem no plano dos fins últimos da pessoa, da sociedade e do Estado, em integrar o sistema de direitos numa Weltanschauung, em descobrir um sentido para eles conforme com o sentido de vida e de valores que procuram refletir". MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 61.

[18] Certamente, temos, nessa obra, uma profunda inovação nos processos de compreender a função da filosofia no direito. Ela não representa mais aspectos ornamentais do discurso jurídico. Mas ela também não se isola mais na análise de certos problemas implícitos em categorias como poder, justiça, liberdade, imputabilidade e muitos outros. O exame de cada uma dessas questões continua imprescindível para qualquer filosofia do direito. Mas a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) mergulha toda essa atividade num acontecer em que a Constituição faz parte do modo de ser-no-mundo de qualquer cidadão, e, sobretudo, deve ser explicitada na dimensão da pré-compreensão em que se movem os autores das leis e da Constituição e os aplicadores das mesmas. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

como ferramenta filosófica pensada por Heidegger, para superar os arbítrios da metafísica e da relação sujeito objeto, transpondo-a para o direito, principalmente para tematizar a questão da relativização do sentido dos direito fundamentais.

2. TRATAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO INDÍCIOS FORMAIS SIGNIFICA NÃO PODER RELATIVIZÁ-LOS ADJUDICANDO SENTIDO

A pré-compreensão ou conjunto de significabilidade, que aqui se poderia nominar de *moralidade jurídica*, que há perante a comunidade jurídica, herança da tradição histórica, fornece elementos suficientes ao operador do direito para lidar de forma coerente e responsável com todo o conteúdo jurídico materialmente (formalmente) indicado. Assim, abre-se espaço para o que se pode denominar de *ética do cuidado*, que se desdobra em algumas contribuições jurídicas de grande relevância para a democracia. Tais como a *"Teoria da Legislação"*[19](Manuel Atienza /Adalberto Hommerding), com uma "*Teoria da decisão*"[20] (Ronald Dworkin/Lenio Streck), bem como a ideia de "direito e valor como unidade"[21] (Jorge Miranda).

Afirmar que há *moralidade jurídica* no contexto de significabilidade do direito é poder dizer que, independentemente de constar na Lei nº 13.105/2015 (introduziu o novo Código de Processo Civil), todas as decisões judiciais devem, necessariamente, ser interpretadas segundo a boa-fé[22], prescindindo, portanto, que tal disposição venha expressamente contida no Código de Processo Civil, no Código Civil ou em qualquer outra lei. Está incorporado ao sistema

---

[19] Por todo es que el vínculo de las dichas racionalidades linguísticas o jurídico-formales com la racionalidad ética es muy intenso. Y por ello es que la creación dela ley debe fundarse objetivamente, pues hay valores objetivos a los cuales necessariamente el legislador debe remitirse em razón da la tesis de la unidad de valor. Y la ley, por tanto, tendrá como su sostenedor el fundamento moral. De hecho, aqui hay que remitirse a la responsabilidade de los legisladores que no puedem hacer las leyes de cualquier modo. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría De La legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p.215.

[20] Implica um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. Se ficarmos a mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo "proprietário dos sentidos da lei" STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.328.

[21] Finalmente, mesmo à face do Direito positivo, é inultrapassável o problema da unidade de sentido dos direitos fundamentais. Até porque pode haver diferentes leituras das Constituições e das declarações de direitos, é necessário tentar raciocinar em coerência sistemática. Nem com isto se abre caminho ao subjetivismo do intérprete, porque este, enquanto tal, tem de se mover no contexto do sistema, tem de interpretar e integrar os preceitos relativos aos direitos fundamentais à luz dos princípios que o enformam, tem de se inspirar na ideia de Direito acolhida na Constituição. Só tal unidade de pensamento jurídico permite apreender o âmbito de cada direito e definir o seu conteúdo essencial, relacionar os vários direitos e as diversas faculdades compreendidas em cada um, evitar ou resolver colisões, propiciar a todos uma adequada harmonização. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais, Tomo IV**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 65.

[22] Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença, Art. 489 - São elementos essenciais da sentença: § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm - acessado em 15-04-2015.

jurídico brasileiro que as decisões judiciais devem respeitar os princípios da jurisdição contidos na Constituição e, sendo assim, é possível sustentar que respeitar este conjunto principiológico é reconhecer a moralidade jurídica edificada no seio da estrutura de significação jurídica.

A transposição do *método das indicações formais*[23] para o direito constitui a filosofia hermenêutica como condição de possibilidade para construir pontes entre a filosofia e o direito, isto é, possibilitar que o direito possa transcender sobre a sua própria objetividade. Para Heidegger, a filosofia não se contrapõe à ciência objetiva, mas trabalha noutra dimensão. Os conceitos filosóficos, então, como pontua Jorge Antônio Torres Machado, caracterizam-se por serem "indícios formais" (*Formale Anzeige*), como método suficiente capaz de compreender a si e o mundo, merecendo transcrição:

> A ciência objetiva, nesse aspecto, "pressupõe uma dimensão anterior à qual não temos acesso direta ou objetivamente. As ciências, em sua positivação dominadora, apreendem as coisas com a intenção de melhor controla-las. Essa não seria a função da filosofia, que trabalharia com indícios antropológicos não objetivos de como o homem compreende, como o homem se sente afetado pelo mundo, como o homem discorre sobre as coisas, etc. Nesse sentido, a objetivação e a positivação da ciência não são sua primeira instância. O primeiro elemento ocorreria numa espécie de circularidade hermenêutica da compreensão de si e do mundo a que nunca temos acesso direto, a não ser por indícios formais.[24]

A partir dos indícios formais, Heidegger recolhe vários conceitos com que a teologia trabalha para construir seu próprio arsenal filosófico. As ciências ônticas, assim, poderiam fornecer elementos indiciais para a construção de conceitos filosóficos. Heidegger teria demonstrado essa possibilidade na conferência *Fenomenologia e teologia*, datada de 1927. E isso, segundo Torres Machado, ainda seria possível em áreas antropológicas como a psicanálise, as ciências literárias, a ética e, como ocorre no presente caso, inclusive no direito[25].

Os indícios formais, assim, relacionam-se à análise do próprio método fenomenológico descrito por Heidegger, em especial em *Ser e Tempo*. Os indícios filosóficos não têm a pretensão de representar provas universais e necessárias de uma categoria, de um existencial próprio do *Dasein*. São encontrados no desvelar e encobrir próprios do método hermenêutico de Heidegger e de sua concepção de verdade. Tais indícios filosóficos são

---

[23] O método dos indícios formais se constitui como um instrumento filosófico suficiente para recolocar a faticidade no centro interpretativo, ou seja, livrar o processo interpretativo das amarras da subjetividade e da consciência. Para tanto, dirá que um conceito, na verdade, não carrega todo a sua carga de significabilidade, pois apenas indicia para algo ou para uma direção. Portanto, o conceito somente irá exaurir a sua potencialidade de significação na *applicatio*.

[24] MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 12.

[25]MACHADO, Jorge Antônio Torres. *Op. Cit.*, p. 14.

indícios formais de como o *Dasein* opera. São questões relativas à organicidade, às ciências neurológicas, à psicologia empírica, que são ciências que trabalham diretamente com o "objeto ser humano" e que podem ser redirecionadas segundo o modelo dos indícios formais da fenomenologia.

A filosofia não trabalha na pesquisa direta dos objetos de uma determinada área. Não. Ela busca questionar uma maneira (*como - Wie*) de "operar", portanto "formal" e de caráter "*a priori*". Heidegger observa o *Dasein* em seu ser-no-mundo, buscando compreender o "operar", o "como" do *Dasein*. E esse "como" se dá de uma forma *a priori* que Heidegger chama de analítica existencial (ontologia fundamental). Os resultados desses indícios que são descritos por meio de uma operação fenomenológica são o que Heidegger chama de "existenciais". O modo de ser-no-mundo do *Dasein*, que é "compreensão", "rede", é descrito a partir dos indícios formais.

O método dos indícios formais altera a relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, superando a ideia do sujeito solipsista cartesiano. Agora, ao contrário do cogito, só existirá um *Dasein* em um mundo junto com as coisas dadas e os utensílios. E neste aspecto, pelas mãos de Stein, Heidegger explicita a relação distinta que há entre o *Dasein* e o Eu transcendental, dizendo:

> Segundo Heidegger, é preciso mostrar que o ser do *Dasein* é totalmente diferente daquele dos outros entes. Se a constituição do *Dasein* é completamente distinta daquele dos outros entes, então é possível encontrar nele mesmo o acontecer transcendental. Desnecessária a operação de 'pôr o mundo entre parênteses', recuar ao Eu transcendental, ao mundo da representação, para depois então recuperar o mundo fático. A constituição transcendental é uma possibilidade central da existência do próprio *Dasein*. E a maravilha é que a constituição existencial do *Dasein* torna possível a constituição transcendental de tudo que é positivo[26].

Para Heidegger, a consciência não consiste no fundamento absoluto da realidade, principalmente no momento em que aposta na faticidade e critica a tentativa de fundamentação teórico-cognitiva da realidade. Tudo, então, passa a poder ser visto, num plano transcendental, a partir da constituição existencial do *Dasein*. A experiência da vida fática é utilizada por Martin Heidegger para trabalhar com a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal. Como refere Heidegger, "A experiência fática da vida reside totalmente no *conteúdo*, enquanto o *como* está implícito nisso. É no conteúdo que têm lugar todas as mudanças da vida. No curso da jornada de um dia faticamente vivido, ocupando-me com coisas completamente diferentes é, contudo, na atuação fática da vida que surge, para mim, de modo não consciente,

[26] STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: uma juste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 65.

o *como* diferente de seu reagir em cada maneira diferente [27]. Toda interpretação eminentemente teórica deve ser evitada, já que o conteúdo de algo somente pode ser apurado no caso concreto decorrente da complexidade da vida, remanescendo tão somente aquilo que já foi apontado ou indiciado.

O método dos indícios formais não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais uma realização de vida na travessia do tempo, a indicação formal é investimento passivo que se desdobra numa postura de escuta, sem, contudo, desconsiderar o modo de ver teórico anterior, mas precisamente o conserva como exemplo de elucidação do caráter existencial do que foi, do que é e do que será. Portanto, a antecipação de sentido e a posição prévia têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois é a partir delas é que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo[28].

É possível afirmar, ainda, que o termo *método* relacionado à indicação formal não possui o caráter de determinar o uso no sentido de chegar a algum resultado predeterminado, mas abarca uma noção de cuidado na relação entre o acontecer dos fenômenos e o experienciar; o encontro livre das antecipações meramente teóricas e da perspectiva objetivante.

O conceito de mundo da analítica existencial, portanto, é correlato ao *Dasein*, local onde todos os entes encontram significação. Daí a impossibilidade de cisão entre mundo e interpretação, como observa Stein:

> Mundo é aquilo 'em que' o ser-aí sempre já era, é aquilo para onde já sempre retorna quando vai. O mundo é essencialmente constituído pelo ser-aí. É o lugar em que todos os entes encontram significação, mas é, ao mesmo tempo, o lugar em que já se movimenta o ser-aí que dá sentido aos entes. Por isso o homem já sempre está no mundo, ao qual se dirige, quando dispõe dos entes a que dá sentido. A significação é decisiva na constituição do mundo. A significabilidade é aquilo que constitui a estrutura do mundo, em que o ser-aí enquanto tal sempre já está. Por isso a mundanidade é um existencial do ser-aí. Os entes puramente subsistentes, neutros, estão num mundo não-humano, e sua mundanidade é categorial e não existencial. A mundanidade como existencial é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo do ser-no-mundo.[29]

---

[27] HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa.** Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 17.

[28] Concepção prévia e método, caminho encetado, jorram da mesma fonte de sentido. Sabendo-se isso, há que deixar em aberto (*offenzuhalten*) a fixação de sentido de *método* em favor de um significado formal indiciador, por exemplo, caminho para descrições e determinações propriamente concretas. Uma vez efetuado e consumado o processo da indiciação formal de significado por concretizações próprias singulares, consumações singulares de caso a caso, então simultaneamente são anulados os aspectos antecipatórios na dinâmica da realização em processo. SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Notas sobre a relação entre indiciação formal e experiência**. Nat. hum., 2012, vol.14, nº.1, p.39, ISSN 1517-2430.

[29] STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: uma juste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 67.

Nesse sentido, pensar o direito com a perspectiva do *cuidado*, isto é, incorporando ao contexto legislativo uma ética da responsabilidade, onde a democracia passa a ser uma exigência indispensável, pode ser traduzida como a dimensão moral do direito. De modo exemplificativo, a mudança de paradigma pode ser descrita com a promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), nitidamente direcionado na superação de série de problemas ligados ao excesso de formalismo[30], característico do Código de Processo Civil de Buzaid[31], então ab-rogado.

A superação da dimensão procedimental do processo como um fim em si mesmo não significa a negação do formal, principalmente porque não há mérito (substancia) se não houver o procedimento. Entretanto, valorizar a dimensão substancial buscando *a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*[32] significa implantar uma postura ético-moral no direito, já que a prestação jurisdicional não deve se distanciar da democracia e da justiça como valores previstos na Constituição, isto é, prestada em tempo razoável, com isenção e aplicada com parametricidade constitucional (*Resposta Correta*[33]).

3. COMO NO DIREITO PODE SER POSSÍVEL DIZER QUE ALGO É SEM O RESPECTIVO FUNDAMENTO?

Os efeitos da tradição e a consciência histórica são partes essenciais para uma correta abordagem interpretativa no Direito. A formação jurídico-social de uma comunidade é relevantíssima para ela e para o Direito que pretende aplicar. Da mesma forma têm importância os contextos e as adversidades por que passa até que seja possível praticar um Direito mais democrático e igualitário. É isso que podemos verificar, por exemplo, o sentido do contexto

---

[30] Novo formalismo do processo vem expresso no art. 4º do Novo CPC, cumprindo o que já determinava o art.5º, LXXVIII, da Constituição da República, sobre a duração razoável do processo. Complementarmente, os artigos 6º e 139, III, 64, §4º e 1.029, § 3º, corrigem problemas de excesso de formalismo, como a primazia do julgamento de mérito, máximo aproveitamento processual, ampliação da fungibilidade recursal, dispensa de preliminar de repercussão geral no Recurso Especial, aproveitamento dos efeitos da decisão proferida por juízo incompetente e a desnecessidade de ratificação do recurso interposto antes da intimação da decisão recorrida.

[31] Código Buzaid é o nome pelo qual é conhecido, no Brasil, o Código de Processo Civil de 1973. Conhecido como "Código Buzaid", por ter sido elaborado o Projeto pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid (depois ministro do Supremo Tribunal Federal). Em 11 de janeiro de 1973, a Lei Federal nº 5.869 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Processo Civil, vigente até março de 2016, data da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, 16 de março de 2015.

[32] Artigo 4º, Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, 16 de março de 2015 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm - Acessado em 03-09-2018.

[33] "(...) a resposta correta significa, em verdade, a possibilidade de decisões adequadas à Constituição, razão pela qual precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na intersubjetividade, a comunhão em torno de regras e princípios para a construção do Estado Democrático de Direito". COSTA, Marcelo Cacinotti. LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia**: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.32.

constitucional que advêm de toda uma tradição moral institucionalizada no âmbito de uma comunidade.

Princípios constitucionais, nesse sentido, não são algo que possa ser "criado" ao alvedrio do jurista, como se fosse possível produzir algo do vazio, visando unicamente legitimar um posicionamento com o *status* de "princípio", sem qualquer estofo ou consistência. Os princípios são norteadores da previsibilidade jurídica que deve estar presente em qualquer sistema jurídico que se apresente como democrático. Assim, espera-se que em cada decisão ou argumentação jurídica, não se olvide da necessária (re)construção normativa que começa com a própria história institucional, amalgamada sob argumentos de princípio que constituem, inexoravelmente, a moralidade institucionalizada no seio da comunidade política e jurídica.

Nesse aspecto, é possível afirmar, com pesar, que assim não é o que acontece na prática das decisões judiciais no País. Convive-se com a falsa percepção, bastante viva no imaginário dos juristas, de que, na prestação jurisdicional, o Poder Judiciário pode dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa"[34], mesmo que o que se está dizendo contrarie diametralmente a Constituição, situação que há muito vem sendo denunciada no Brasil por alguns juristas com a denominação de "discricionariedade judicial"[35]. Também, cai-se no vezo de adjudicar princípios (panprincipiologismo) para adornar decisões, como se possível fosse inventá-los ao alvedrio do operador do direitos, processo absolutamente alheio ao processo de formação histórica, também denominada de tradição. E é este manancial de "princípios" sem DNA que acarreta, por via de consequência, o enfraquecimento da autonomia do Direito e da própria Constituição.

A utilização de "princípios" tão-somente como retórica (como adorno, como referido), ultrapassa os limites semânticos da Constituição (supraconstitucionalidade), enfraquecem a democracia e gerar instabilidade jurídica, pois a qualquer momento um "novo" princípio pode ganhar vida e surpreender a todos... Ora, princípios não podem ser utilizados como uma espécie de discurso com "pretensões de correção", totalmente ao sabor da liberdade do julgador (intérprete). Quando isso acontece cai-se naquilo que se denuncia sob a denominação de pamprincipiologia, o que faz com que, na lacuna da lei, o juiz se sinta autorizado a lançar mão

---

[34] Se o método, para o paradigma da filosofia da consciência, é/foi o supremo momento da subjetividade, decretar a sua superação, como magistralmente fez Gadamer, não quer dizer que, a partir de então, seja possível *"dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa"* ou *"qualquer coisa que a consciência nos 'impõe'"*. Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.111.

[35] Vide: STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

de “metaprincípios”, “escolhendo” os princípios que estariam em jogo (mais ou menos nos termos do que defende, por exemplo, Robert Alexy) com textura “aberta”, representando “mandados de otimização” que, na verdade, repristinam as diversas formas do positivismo, como técnica de imposição do poder (Estado) pela vontade do soberano. No ponto, Lenio Luiz Streck explicita bem o problema, merecendo transcrição:

> Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição[36].

Neste contexto, há inúmeros “princípios” retirados do senso comum dos juristas ou considerados princípios gerais do direito, tais como “supremacia do interesse público sobre o interesse privado[37]”, “o juiz é o destinatário da prova[38]”, “não há nulidade sem prejuízo”, “verdade real”, “íntima convicção”, para ficar apenas nestes, que nada têm a ver com o conjunto de princípios da Constituição, servindo, portanto, exclusivamente para reforçar o velho problema da subjetividade que, como uma herança do modelo positivista, caudatário da “liberdade” do juiz, termina por enfraquecer o DNA do Direito.

Mas, afinal de contas, de onde vem o DNA do Direito? Pois bem. Com certeza, não será no senso comum dos juristas (protagonismo judicial) nem no pamprincipiologismo que ele poderá será encontrado. A Hermenêutica Filosófica é a condição de possibilidade para demonstrar que é a partir de uma tradição e a partir da compreensão que os fundamentos podem

---

[36] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 539.

[37] Veja-se a seguinte ementa, que é um bom exemplo do que afirmamos: Honorários advocatícios - Consoante o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados segundo a apreciação equitativa do juiz. Por conseguinte, tendo em vista a repetitividade da matéria em análise e a desnecessidade de dilação probatória, o entendimento consolidado por esta Câmara é de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 5% sobre o valor da condenação. (Apelação Cível Nº 70050803048, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Marta Suarez Maciel, Julgado em 03/10/2012).

[38]Por exemplo, a seguinte ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PERICIA. DETERMINAÇÃO PELO JUÍZO DA PRODUÇÃO DA PROVA. GRADUAÇÃO DA INVALIDEZ. ACIDENTE POSTERIOR A MP 451/2008. O juiz é o destinatário da prova, portanto, tem o poder de determinar as provas que achar necessárias ao seu convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70051376655, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 15/10/2012).

ser encontrados. E isso não é um essencialismo. Em absoluto! O DNA do Direito não está guardado em um "jarro". Também não está na "cabeça privilegiada" de algum julgador. Ele, o DNA do Direito, desde-já-sempre-está inserto na tradição da comunidade jurídica que constrói a moralidade e que se institucionaliza no seu bojo. Mas esse próprio DNA do Direito é reconstruído e se reafirma a partir de cada decisão que respeita a coerência e a integridade do Direito, num processo contínuo marcado essencialmente pela democracia.

A transcendentalidade do Direito, por sua vez, faz-se presente quando as pessoas se dão conta de que a interpretação jurídica é um problema de compreensão – e, portanto, um problema de Hermenêutica Filosófica – que se instaura a partir de um marco, de uma tradição. Interpretações vazias, instrumentalizadas e pragmáticas, fundadas no senso comum teórico dos juristas e, consequentemente, despreocupadas com o caso e alheias a argumentos de princípio, "corroem" o DNA normativo e deontológico do Direito. O DNA do Direito está imbricado com a moralidade, mas essa moralidade não é qualquer moralidade; não é a moralidade do juiz ou do legislador. A *moralidade que é co-originária do Direito* (Jürgen Habermas) é uma moralidade institucionalizada (Ronald Dworkin), de raiz política, (re)construída a partir de argumentos de princípio. E essa reconstrução só se dá a partir da compreensão. E da compreensão de que se faz parte de uma comunidade jurídica e política, com uma tradição que a carrega. Para "compreender" isso é que a Hermenêutica Filosófica se "instaura", a partir da linguagem, produzindo o *estranhamento interpretativo*[39].

A compreensão é que faz a transcendência do Direito "aproximar-se do próprio Direito". É o que faz o jurista aproximar-se do Direito. E a compreensão é hermenêutica. Por isso é que o apego ao método, ao pragmatismo e aos predadores do Direito (caso da política, da subjetividade do juiz[40], dos valores, da economia etc.) é "terrível" para o Direito, pois ocultam a sua transcendência, liquidando com o seu DNA.

4. UMA CRÍTICA SOBRE A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DA FLEXIBILIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

[39] O preconceito autêntico é aquele capaz de fazer o intérprete adequar o texto ao contexto singular e próprio de cada momento histórico. Acontece quando o *Dasein* se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, ou seja, ele deixa que o texto lhe diga algo. O texto fala. O estranhamento nos salta por força da linguagem, da consciência histórica e dos efeitos que ela é capaz de produzir.

[40] Os juízes, para poderem julgar, devem estar bem conscientes dos seus preconceitos. Sem preconceitos não há juízo, mas sem suspendê-los não há um "bom" juízo, um "autêntico" juízo. A transcendentalidade do Direito determina aos juristas que ultrapassem, portanto, posturas positivistas e discricionárias, evitando, pois, que "caiam" na inautenticidade e irresponsabilidade quando decidirem.

Não é de hoje a preocupação manifesta da leitura de alguns juristas brasileiros[41], bem como na própria tradição jurídica portuguesa, como se verifica na obra de Jorge Miranda[42] quando aborda o problema da fragilização da Constituição. Notadamente que, em defesa da Constituição, este *cuidado* é perfeitamente compreensível, pois é na carta política que se encontra disponível o bem jurídico mais valioso que uma comunidade jurídica pode almejar construir. Daí a relevância em salvaguardar a Constituição dos avanços daqueles que imaginam poder manipula-la de acordo com os seus interesses, causando fragilidade na democracia e instaurando insegurança jurídica, como já dito. Na verdade, a fragilização da Constituição não se relaciona exclusivamente com o conteúdo do direito reconhecido, mas significa, também, a ruptura da própria hierarquia normativa. Tal prática é demasiadamente perigosa e efeitos colaterais sérios que repercutem na (in)segurança jurídica.

Na perspectiva normativista do direito, prerrogativa legal outorgada pela própria Constituição ao Poder Judiciário, existem limitações de ordem hierárquica e formal. Neste sentido, portanto, se ajusta a crítica à postura "criativa" trilhada pelo Supremo Tribunal Federal ao aplicar o instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões, previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº 9.882/99, no julgamento de ações diretas de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Neste fio, pertinente a abordagem crítica do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello, no artigo intitulado *A flexibilização da Constituição Federal*, dizendo: "Em tempos de modernidade líquida fazer novas leis, sem garantir a aplicabilidade de direitos fundamentais virou regra. Problemas sociais complexos resolvidos por práticas de segregação de um público alvo demonstra como é urgente repensarmos a maneira que estamos agindo"[43].

---

[41] No livro *Compreender direito*, trato dessa matéria, mostrando que o STF vem julgando por políticas em grandes causas, e não por princípios. Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de presidencialismo de coalizão judicial. Vejamos: os segmentos a favor das cotas não manifestaram sua vontade política; pelo contrário, foram ao Supremo reivindicar sua legitimidade. Do mesmo modo agiu o segmento que pediu a equiparação das uniões estáveis homoafetivas ao casamento, que seguiu na cauda dos que clamavam pela constitucionalidade das atividades de pesquisa com células-tronco embrionárias, dos governadores, no caso das guerras fiscais, dos que pediam a descriminalização do parto antecipado de fetos anencefálicos, e até mesmo os moralistas, que fragilizaram a democracia pela defesa da Lei da Ficha Limpa, e os parlamentares, que, pedindo ao Supremo, validaram quase 500 medidas provisórias inconstitucionais por consequência de uma modulação de efeitos.

[42]Da própria garantia institucional do casamento resultam limites, como a proibição da poligamia ou de casamento entre pessoas do mesmo sexo (...) a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento. Pelo contrário (...) a Constituição impõe que sejam respeitados pelo legislador os princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa e, entre esses princípios, dificilmente se pode deixar de encontrar a exigência da diferença de sexo entre os dois cônjuges. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I. Coimbra Editora, 2005, pp. 396-405.

[43]Jornal Estado de Direito, **A flexibilização da Constituição Federal**, Brasil, nº 47, Ano IX, ISSN nº 2236- http://estadodedireito.com.br/ - Acessado em 20-09-2015.

A crítica do Ministro Marco Aurélio Mello se refere ao instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo declaradas pelo Pleno do STF, autorizando, desde que por maioria de 2 terços, a restrição dos efeitos da decisão, isto é, "modulando", para não dizer outra coisa, a eficácia da lei declarada inconstitucional para momento futuro ou para depois do trânsito em julgado, desde de que, havendo excepcional "interesse social" ou razões de "segurança jurídica". Embora, tais disposições tenha especial previsão para o controle concentrado, o STF já se manifestou pela modulação de processos de natureza subjetiva.

Na verdade, o STF flexibiliza a Carta Política que é marcada pela rigidez; além de ressuscitar leis natimortas (efeito *ex tunc d*as ações declaratórias), incorrendo em profunda contradição, pois chancela que um "nada jurídico" possa produzir efeitos. Ao comentar a modulação de efeitos de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello aduz que:

> No mais, a prática estimula a edição de normas inconstitucionais e encoraja aqueles que acreditam na morosidade da justiça e no famoso 'jeitinho' brasileiro. Cria algo que, do ponto de vista da 'moralidade constitucional', é inaceitável: a figura da 'inconstitucionalidade útil'. Governantes e legisladores não temem criar 'leis inconstitucionais' porquanto, de algum modo, delas retiraram utilidade. Em vez de controlar e expurgar normas contrárias à Constituição, o Supremo incentiva a produção desses atos e acaba contradizendo a missão maior – o de guardião da legitimidade constitucional – que recebeu da Carta da República. (...) A modulação hoje é a tônica. Deveria ser, se tanto, exceção, mas está barateada. Talvez a Constituição Federal não seja boa o suficiente para aqueles incumbidos de guarda-la. Não me canso de repetir: 'vivemos uma quadra muito estranha, de abandonos de parâmetros, de colocação de princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito em segundo plano, quadra em que o dito passa pelo não dito, o certo por errado e vice-versa. Não sei, com pureza d'alma, onde vamos parar com esse esgarçamento das instituições pátrias![44]

Os exemplos de modulação dos efeitos se somam, cabendo citar, nessa linha, a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da TR para correção dos precatórios (inconstitucionalidade da EC nº 62/2009), ADIN nº4.357/DF, decisão cautelar[45], redator

---

[44] Jornal Estado de Direito, **A flexibilização da Constituição Federal**, Brasil, nº 47, Ano IX, ISSN nº 2236- http://estadodedireito.com.br/ - Acessado em 20-09-2015.

[45] A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis. Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço. Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

Ministro Luiz Fux, determinando a continuidade do pagamento dos precatórios pela sistemática inconstitucional até a modulação dos efeitos, criando dois tipos de credores: os que terão créditos corrigidos consoante cláusula proclamada inconstitucional, porque aquém da inflação; e os que terão créditos corrigidos, como deve ser para que não haja perda do poder aquisitivo, por indexador diverso.

Também, no julgamento da ADIN nº 4.481/PR, relator Ministro Luís Roberto Barroso, o STF assentou a ilegalidade de norma estadual que concedeu benefícios fiscais sem prévio convênio interestadual (também denominada "guerra fiscal" do ICMS, por afronta ao artigo 155, § 2º, inc. XII, alínea "g", da CF), contrariando a própria jurisprudência pacificada, determinou a modulação sob o argumento de que a lei estadual já havia vigorado por oito anos. Neste aspecto, vem a calhar o desabafo do Ministro Marco Aurélio Mello, ao votar vencido neste feito, dizendo "estar ficando muito fácil editar diplomas legais à margem da Constituição Federal, porque depois, em passo seguinte, há o concerto do Supremo; mas concerto com 's', o concerto com 'c'. Dá-se, naquele período, o dito pelo não dito, salva-se a lei em detrimento da Carta da República, como se esta tivesse ficado em suspenso no período, não vigorasse no território nacional"[46].

Por sua vez, as medidas de austeridade financeira adotadas em nível federal e estadual colocam em xeque a dignidade do serviço público, ao talante das "escolhas" do administrador, a revelar uma espécie de mandato imperativo e não por delegação. Noutras palavras, transcorrido o período eleitoral e definido o respectivo mandatário, há uma tendência à "substituição" da delegação que decorre do sufrágio pelo Povo por uma conduta imperativa e, por vezes, arbitrária, em prejuízo à eficácia dos direitos fundamentais, por ação ou omissão.

O processo de tomada de decisão na Administração Pública está vinculado à margem de conformação constitucionalmente prevista, não podendo, por exemplo, gozar de legitimidade democrática a construção de um estádio de futebol, quando crianças não dispõem de um atendimento mínimo de saúde, com a disponibilização de leitos em hospitais. Tampouco gastos em publicidades, festas e eventos similares podem suplantar as despesas com as políticas públicas na área de educação, a exemplo da construção de creches, ampliação e qualificação do atendimento às crianças e aos adolescentes nos ensinos infantil, fundamental e médio.

---

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284357%2ENUME%2E+OU+4357%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcjmnqj - Acessado em 30-9-2018.

[46] Jornal Estado de Direito, **A flexibilização da Constituição Federal**, Brasil, nº 47, Ano IX, ISSN nº 2236, p.8 http://estadodedireito.com.br/ - Acessado em 20-09-2015.

Basta ver que as pessoas mais pobres são aquelas que mais precisam dos serviços públicos de qualidade, incluindo o sistema de Justiça. Isso porque os agentes com elevado poder aquisitivo dispõem de recursos para o custeio de educação, saúde e segurança por meio da rede privada, não dependendo do acesso à Justiça sequer para a resolução dos seus conflitos, remetidos para a arbitragem ou a negociação em instâncias de poder e de decisão para além das estruturas judiciais.

A flexibilização da Constituição constitui um problema de real importância que não pode ser ignorado pela comunidade jurídica, pois fere de morte a democracia e carrega uma simbologia, com efeitos colaterais em larga escala no que se refere à relativização de institutos que preservam as instituições e garantem segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Para além de um problema de caráter filosófico assentado na necessidade de existir parâmetros precisos para estabelecer sentidos, é possível afirmar que os problemas metafísicos atingem em cheio o quotidiano do direito.

Desde sempre, suscitou-se a indagação a respeito de quem teria autoridade para determinar nomes e definir sentidos? Esta questão até então não está bastante clara no imaginário das pessoas, principalmente no senso comum dos juristas. Embora já muito se tenha dito sobre a força da tradição histórica (Hans-Georg Gadamer) e sobre a relação do sentido (Ser) com o tempo (*Ser e Tempo* de Martin Heidegger).

De todo modo, principalmente no direito, em tempos de pós *viragem linguística*, não é mais possível desprezar a Constituição como se ela fosse um objeto de adorno, lindo e perfeito, mas sem qualquer utilidade funcional para o direito prático. E neste contexto, está se falando precisamente na qualidade da prestação jurisdicional, principalmente na percepção equivocada de que as decisões judiciais podem ser imprevisíveis, como se isto fosse uma característica ou um princípio da jurisdição.

O esquecimento de que as coisas tem DNA, desconsidera que o sentido é reconstruído e se reafirma a partir de cada decisão que respeita a coerência e a integridade do direito, num processo contínuo marcado essencialmente pela democracia.

Analisa-se a atuação do Supremo Tribunal Federal na função que deveria se pautar por salvaguardar a Constituição, exatamente o que não se verifica ao aplicar o instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Por fim, é imprescindível a transposição da argumentação fatalista e falaciosa em torno da "metanarrativa" da crise do Estado Social, a ensejar a precarização e o desmantelamento do serviço público. Deve-se, pois, evitar que as medidas de austeridade financeira importem em flagrante retrocesso histórico, em face do qual a sociedade civil organizada não pode (e não deve) se calar!

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/ DF - http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284357%2ENUME%2E+OU+4357%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zcjmnqj - Acessado em 30-9-2018.

Apelação Cível Nº 70050803048, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Marta Suarez Maciel, Julgado em 03/10/2012 - http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=N%C2%BA+70050803048&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris – Acessado em 03-09-2018;

Agravo de Instrumento Nº 70051376655, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 15/10/2012 - http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+N%C2%BA+70051376655&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris – Acessado em 03-09-2018;

COSTA, Marcelo Cacinotti. LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia**: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017;

Código de Processo Civil, Lei 13.105, 16 de março de 2015 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm - Acessado em 03-09-2018;

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004;

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010;

HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010;

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991;

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría De La legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012;

Jornal Estado de Direito, **A flexibilização da Constituição Federal**, Brasil, nº 47, Ano IX, ISSN nº 2236 - http://estadodedireito.com.br/ - Acessado em 20-09-2015

LIMA, Vinicius de Melo. Costa, Marcelo Cacinotti. **Direitos Sociais e Narrativas Processuais**: o policentrismo decisório na democracia brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;

MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I. Coimbra Editora, 2005.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Notas sobre a relação entre indiciação formal e experiência**. Nat. hum., 2012, vol.14, nº.1, p.39, ISSN 1517-2430.

STEIN, Ernildo. **Paradoxos da Racionalidade**. Porto Alegre: Pyr Edições, 1987.

STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: uma juste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.