



O USO DE PADRÃO DECISIONAL *EXTRAJURÍDICO* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A TENTATIVA DE DEMONSTRAÇÃO DE UMA *RAZÃO JURÍDICA SUFICIENTE* NO CASO DO JULGAMENTO DA “DESAPOSENTAÇÃO”

*Sandro Lucio Dezan**
*Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha***

Resumo

O presente texto aborda a temática da relação entre o direito positivo e a moral e busca, pelo método hipotético dedutivo, uma possível compreensão teórica da provável razão jurídica que possa ser extraída dos motivos que justificaram a decisão formulada no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o tema que se denominou de “desaposentação”. Com o aporte de conceitos da hermenêutica e da argumentação jurídica, a investigação concluirá tratar-se de julgado firmado em uma ética consequentialista, que tende a demonstrar uma forma de racionalidade extrametódica das decisões da Corte.

Palavras-chave

Hermenêutica e argumentação jurídicas; Razão e métodos de decisão no Supremo Tribunal Federal; Normas jurídicas e valores; Ativismo judicial.

THE USE OF A PATTERN OF EXTRAJUDICIAL DECISION BY THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE ATTEMPT TO DEMONSTRATE A SUFFICIENT LEGAL REASON IN THE CASE OF THE JUDGMENT OF THE "DISAPPEARANCE"

Abstract

The present text addresses the issue of the relationship between positive law and morality and seeks, through the hypothetical deductive method, a possible theoretical understanding of the probable legal reason that can be extracted from the reasons that justified the decision formulated in the judgment of Extraordinary Appeal RE 381367 by Supreme Federal Court, on the subject that was denominated of "disappearance". With the contribution of concepts of hermeneutics

* Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV; e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

** Mestre em Direito pela UGF-RJ, Doutor em Direito pela PUC-Minas e Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor da Pós-graduação "Strictu Senso", Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Juiz Federal em Vitória, Espírito Santo.

and juridical argumentation, the investigation will conclude that it is a settled case-law that tends to demonstrate a form of extra-judicial rationale for the decisions of the Court.

Keywords

Hermeneutics and legal arguments. Rationale and methods of decision in the Federal Supreme Court. Legal norms and values. Judicial activism.

1. INTRODUÇÃO

As fontes de onde emana a razão para a tomada de decisões humanas sempre despertaram acalorados debates nos meios filosóficos e jurídicos. A questão acerca da cindibilidade ou não da interpretação do fenômeno pela óptica da relação sujeito/objeto, em que um e outro se encontram posicionados em horizontes e em momentos distintos, e, por outro lado, o “acontecer compreensivo simultâneo” – em que se interpreta e se compreende a coisa num único ato –, ainda fomenta infindáveis divergências. Isso passa por questões, *e.g.*, relacionadas à busca da elucidação das concepções de “razão”, de “vontade”, de “inteligência”, de “certeza” e, não obstante, de “verdade”, problematizadas ao longo da história por diversas escolas filosóficas e pela filosofia do direito. Para esta última, porém, a temática geral possui um especial interesse pragmático, na medida em que toca outro conceito não menos polêmico: o de “justiça”. Vertem-se aquelas primeiras questões tributárias do conceito de “justo”, a constituírem uma espécie de *iter* necessário a ser percorrido pelos operadores do Direito – quando mais conscientes de seus misteres –, com o escopo de instrumentalização do Direito para a realização da justiça.

A pesquisa, com base nas premissas ora delineadas, busca desenvolver uma possível classificação do argumento implícito lançado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367, (i) confrontando-o com a concepção de Direito como norma jurídica e, por outro flanco, (ii) questionando-o quanto à modelagem de sentido dada ao texto legal, a partir de seu conteúdo abstrato, tendo como instrumento a *argumentação jurídica instrumental e balizada*, no “discurso de adequação” (para utilizar expressão de Klaus Günther¹), de concreção, daquilo *a priori* estipulado pelo “discurso de justificação”². Por outras palavras, busca-se verificar a possibilidade (i) de inclusão entre as fontes do Direito de outros conteúdos, a par de regras e princípios jurídicos; ou, não excludentemente, (ii) a modulação de seu conteúdo já aceito (a *argumentação jurídica como critério de correção normativa*). Pretende-se inferir a esses escopos, em que pese à referencia despropositada à

¹ Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

² Importa anotar que o próprio Günther, em sua “teoria da adequação” não admite a utilização de valores para além do discurso de justificação, próprio da legislativa. Nesses moldes, o discurso de adequação a cargo do sujeito responsável por emanar decisões deve-se quedar adstrito à argumentação balizada nos valores morais “preconcebidos” pelo sistema positivo.

teoria de Günther, por meio do uso do que Johannes Hessen³, a partir dos estudos desenvolvidos por Karl Adam⁴ e por Max Scheler⁵, denominou de forma crítica de “razão suficiente”, para justificar um pseudo fundamento do qual também se refere se refere Heidegger⁶. Com efeito, o matiz ora investigado se confronta com a indagação de que razão jurídica ou extrajurídica se valeu a Corte Suprema brasileira, para decidir como decidiu a questão da inconstitucionalidade do ato de “desaposentação” no sistema jurídico que lhe serve de referencial positivo.

Uma possível resposta – e aqui seguindo a linha de Josef Esser – pode-se partir da premissa de que a norma jurídica concreta “apenas” possui o seu referencial no direito positivo, que a limita, mas não a enclausura. Nisso, percebe-se que o “dever ser” ordinariamente estudado migrou das normas não escritas e de conteúdo moral, afetas ao direito natural, em que a concepção de direito se valia da tradição ético-moral transferida pelo *a priori* da tradição⁷, perpassando pela necessidade de segurança jurídica, representada pela “regra” jurídica, a partir do direito positivo – como projeção do positivismo científico no Direito – e, por outro lado, a encampar as regras e os princípios jurídicos⁸, todavia, em um movimento de constante círculo tradicional de transferência de conhecimento, que leva, destarte, a uma postura menos dogmática do intérprete e aplicador da norma jurídica, que, porém do direito-texto não se encontra totalmente liberto⁹. Não se trata de racionalidade extrametódica da decisão judicial, como bem adverte Esser, mas do não aprisionamento do jurista, que caminha à luz da filosofia hermenêutica¹⁰.

Ao amparo do exposto e sob a noção de que a aplicação do Direito ao caso concreto, por via da dogmática de um “dever ser” que na atualidade tende a conciliar-se com a axiologia, faz-se imprescindível compreender que a

³ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

⁴ ADAM, Karl. **Glauben und Glaubenswissenschaft im Kathologismus: Vorträge u. Aufsätze**. Text der 2. Aufl. Rottenburg: Bader'sche Verlagsbuchhandlung, 1923, p. 75 e ss.

⁵ SCHELER, Max. **Vom Ewigen im Menschen**. Text der 3. Aufl. Berlin: Berlin Der Neue Geist 1933, p. 112 e ss.

⁶ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 27 e ss.; _____. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 21-33; e _____. **O princípio do fundamento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 73.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Vol. I, II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012. Anote-se aqui que, e.g., Ronald Dworkin traz a ideia de “romance em cadeia”, para apresentar sua percepção de “solução do caso” também por meio de um “pensar lógico”, que se baseia no uso de uma espécie de “razão pelo consenso”, assim como pensa Esser (*op. cit.*), e, v.g., Arthur Kaufmann, em que este mescla os argumentos plausíveis, aceitáveis por um auditório destinatário da norma (KAUFMANN, Arthur. **hermenêutica y derecho**. Granada: Comares, 2007).

⁹ Cf. ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**. Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Ficher, 1972.

¹⁰ ESSER, Josef, *op. cit.*, p. 84 e ss.

concretização do Direito necessariamente passa (a) pelo ato de identificação de suas fontes (aqui sob a concepção de origem e de espécies de norma jurídica), elencando, assim, possíveis hierarquias de suas subclassificações e, a partir disso, pela (b) definição das balizas da atividade hermenêutica sobre elas incidentes. À guisa de exemplo, anatem-se a interpretação dos textos, para o direito positivo, e, sem embargo, a identificação de *valores*, que envolverem as normas-regras e as normas-princípios. Com efeito, buscaremos identificar na jurisprudência brasileira um início de utilização de outras espécies de normas (no caso, “valores”)¹¹, para além das regras e dos princípios jurídicos, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 (Desaposentação) pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Nesse viés e à vista de alguns argumentos que foram veiculados por algumas autoridades envolvidas no processo decisório, indagamos qual é a razão de fundo, projetada para além do uso de regras e de princípios jurídicos, a justificar, no julgamento do referido recurso extraordinário, a decisão pela inconstitucionalidade do instituto da “desaposentação”.

2. O IDEAL NÃO REALIZADO DE SEGURANÇA JURÍDICA, COMO FUNDAMENTO DO SISTEMA DOGMÁTICO-POSITIVISTA

A par de institucionalizada por ação do Estado, à vista do exposto, em uma visão *kelseniana*, as normas jurídicas também se caracterizam por receberem o seu fundamento de validade de norma jurídica superior, ascendente, a ponto de alcançar legitimidade na Constituição do Estado, em uma estrutura hierárquica de normas. A Constituição, por seu turno, legitima-se por via da norma hipotética fundamental, que, apesar de não jurídica e não escrita, mas com certa carga moral-social, prescreve o dever de obediência à Constituição. Compreende uma perspectiva teórica emancipatória do Direito Constitucional¹².

As normas morais não são emanções estatais e, também, não possuem a estrutura hierarquizada de legitimação e de fundamentação de validade uma

¹¹ Em razão da polémica que o temo desperta – o que requereria um esforço argumentativo desapropriado ao que por ora nos propomos –, não nos deteremos à justificação e à defesa dos “valores” como espécie de normas jurídicas, em uma espécie de teoria tripartida, em conjunto com as regras e os princípios. Apenas colocamos o assunto em um início de reflexão, ciente de que uma série de estudiosos se opõe a essa posição, a exemplo de Robert Alexy, em suas investigações sobre a aplicação das normas de direito fundamental, ao tratar, *e.g.*, da colisão de princípios e do conflito de regras de direitos fundamentais (cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

¹² Cf.: ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC**, p. 13-29, 2013, v. 33.2, jul./dez., p. 15.

das outras – como ocorre no Direito, pelo viés do positivismo jurídico, especialmente de Kelsen –, na medida em que podem ser estanques e fundamentadas em valores morais também estanques e individuais, que não se comunicam com outras normas e valores morais. Não há aqui uma *concepção sistêmica de unicidade*, com coerência e coesão, aos moldes das normas jurídicas. Todavia, nem por isso deixam as normas morais de serem observadas e temidas por suas sanções, afigurando-se normativas em essência e prescritivas, a exemplo das jurídicas, de condutas humanas, entretanto, não se impondo à regulação jurídica de modo extrassistêmico, ou seja, à revelia de positividade jurídica, por meio do direito-texto, do texto de lei, que assim as prevejam.

Essas idealizações, como dito, são advindas do formalismo cientificista inaugurado pelo positivismo e, no campo normativo, pelo positivismo jurídico, ao buscar uma pureza típica das ciências naturais, matemáticas, voltadas à aplicação normativa¹³. Com efeito, buscou-se moldar o Direito ao campo do direito positivo, reduzindo-o ao Direito enquanto direito-texto. Por outro lado, afastou-se o Direito de valores possivelmente apreensíveis de outros ramos tais quais a ética, a moral, a sociologia, a política.

Nesses moldes, o Direito somente era concebido como tal se formulado por meio de um texto legal e desprovido de qualquer abertura para a inferência de valores extrajurídicos. A busca era, destarte, por precisão regulatória, ou seja, por segurança jurídica, em uma época em que a confiança nas ciências duras, pragmáticas, de experimentos repetíveis e constatáveis no mundo físico, era o que de maior vanguarda existia; e o Direito, se pretendesse realmente dotar-se da confiabilidade, a exemplo das esposadas pelas ciências naturais, assim também deferia aderir ao “método”. O *método* logrou ditar a *verdade da ciência*. Por oposto, repudiaram-se as teorias do Direito Natural¹⁴, do concebido e até então aplicável, *jusnaturalismo*, que passou a ser encarado como exemplo de incerteza e de insegurança jurídica. Buscou-se afastar do direito positivo toda e qualquer influência não só da moral e da política, como também do direito natural. Todos os valores daí provenientes eram nocivos a um ideal de funcionamento *avaliativo*, seguro, confiável e repetível do direito positivo.

Por paradoxo, constatou-se, pelo primor da busca pela segurança jurídica, uma verdadeira ausência de plasticidade e de verdadeira subsunção dos

¹³ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 12 e ss.; e _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, 74 e ss.

¹⁴ Interessante estudo sobre a retomada do Direito Natural sob a égide do positivismo jurídico é desenvolvido na pesquisa: SOUZA, Elden Borge; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC**, P 120-137, v. 36.2, jul./dez. 2016.

conceitos normativos às concepções dos fatos do mundo real. Por outras palavras, a rigidez do direito positivo impulsionado pela inaugural filosofia imposta pelo *positivismo jurídico* acabou por gerar a discricionariedade do intérprete e aplicador do direito-texto e, com isso, por provocar a insegurança jurídica tão combatida, na medida em que o operador do Direito via-se adstrito ao mundo “metafísico” da norma, ao “normativo aberto” e isolado, sem conexão com o real, com o caso concreto a que a norma geral e abstrata visava a regular¹⁵. Nisso, o intérprete obrigou-se a inserir valorações dentro de uma margem de normatividade jurídica a que Kelsen, em sua 2.ª edição alemã da “Teoria Pura do Direito”, com a inclusão do Capítulo VIII, denominou de “moldura normativa”, delimitativa do campo das várias possíveis interpretações atribuíveis validamente a determinado texto de lei.

A busca de segurança jurídica do positivismo jurídico deu azo à insegurança das decisões jurídicas jurisdicionais e jurídicas em geral.

3. UMA BREVE CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO PELA ÓPTICA DA AXIOLOGIA

A validade das decisões jurídicas não se apoia, como formularam os *jus-positivistas*, na adequação interna e externa das normas (forma e conteúdo). Tampouco se apoia só na sua estrutura interna ou na combinação das concepções da análise interna da norma, em seu aspecto de formação e de fundamento de validade. Por um olhar inicialmente afeto à Pós-Modernidade, sem que isso vá de encontro a uma posterior análise fenomenológica, depende ela, a validade da norma jurídica, no momento da decisão jurisdicional, da adequação a valores extranormativos que, em determinados casos submetidos ao juízo, têm o condão de conformarem-se às normas jurídicas e, em uma relação – digamos – de *alteridade*¹⁶ e *reflexividade complexa*¹⁷, ditar o sentido da decisão judicial. Para além do argumento de Ronald Dworkin sobre a inserção da *política no direito*, tese em que sustenta ser o *direito* um sub-ramo da *moral política*, de modo a resultar na aplicação *padrões de política* no campo do *jurídico*, arriados em valores éticos e morais¹⁸, a declinar que um direito pretensamente

¹⁵ A Teoria da “Constituição como Modelo Sistêmico” é uma tentativa de superação dessas inconsistências do positivismo jurídico. Para aprofundamento sobre o tema, conferir: BOLONHA, Carlos; RANGEL Henrique; ALMEIDA, Maíra. A proposta de uma constituição sistêmica. *REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC*, p. 13-38, v. 34.1, jan./jun. 2014.

¹⁶ LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

¹⁷ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriço*. Tradução de Pedro Elói Duarte. *Coimbra: Almedina*, 2012; Cf. também do mesmo autor e em crítica diretamente a Hart: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

“puro” e “autopoietico”¹⁹, fundado na norma jurídica e em seu texto de lei, é, no plano pragmático, inconciliável com a razão humana, há de se considerar a *práxis* dessa teoria do Direito. Os resultados demonstram que o *positivismo jurídico*, por si só, não deu conta de resolver todas as questões postas pelas intrincadas necessidades do coletivo social. As relações intersociais demonstraram, ao logo da história, que vão além de um sistema jurídico que se denomine *autossuficiente* e *autoformador*, a ponto de colocar em risco a própria estrutura e o modelo de sociedade. A *segurança jurídica* dos padrões normativos rígidos e previsíveis, defendidos pelo positivismo jurídico – este ideologicamente firmado em suas bases de normas enclausuradas em leis totalmente abrangentes dos contextos sociais relevantes para o Direito –, demonstrou-se uma falácia²⁰; evidenciada mais claramente a partir da sua pretensão de substituir-se ao “absoluto” por si mesma²¹. Buscou-se substituir a concepção de “verdadeiro” pela concepção de “correto”²² e, dessarte, de “absoluto” por “seguro”, em um ambiente em que a própria noção de “correção” ou de “correto” reduziu-se ao direito-texto e a toda uma ordem de discricionariedade e arbitrariedades decisionistas, de um “positivismo judicial”²³. A segurança jurídica almejada pelo positivismo jurídico resultou em fonte de insegurança para o Direito²⁴, abrindo margens à discricionariedade impensada, ao decisionismo, ao ativismo ilimitado e à arbitrariedade do Estado julgador. De fato, o sistema dogmático-positivo não está infenso à razão humana de quem o modula, de quem o opera, para dar-lhe, para além da forma, um *fim específico*²⁵.

Nesse ponto, merece atenção a crítica formulada por Johannes Hessen²⁶ à ideia de *onipotência* e *absolutismo* do positivismo científico, do qual, para o autor, deriva o *juspositivismo*, ao escrever que “é certo que há uma forma de pensamento que julga poder desenvolver-se e viver sem essa ideia [a ideia de

¹⁹ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁰ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 15-87.

²¹ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001, p. 243-244.

²² Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 33 e 203-204.

²³ Expressão utilizada por Franz Bydlinski (BYDLINSKI, Franz. *Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung*. In KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Hrsg.). **Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken – Symposium zu Ehren von Herrn Dr. Dr. h.c. mult. Claus Wilhelm Canaris**. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 27-88), para formular crítica às teorias de Esser, o que bem cabe para criticar o decisionismo provocado pelas teorias positivistas do direito.

²⁴ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 15-87.

²⁵ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 32-36.

²⁶ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

um ente superior, *ens a se*, Absoluto]: o pensamento positivista, iludindo ou negando os mais altos problemas filosóficos”.

Incontáveis críticas formularam a esse aspecto da escola positivista do direito, levando ao desenvolvimento de outras correntes que buscaram superar o caos da insegurança, representado pela imprevisibilidade do Direito pelo Direito. O *neopositivismo* e o *neoconstitucionalismo*, em suas diversas variáveis e tendências, são exemplo disso²⁷.

De qualquer forma, ainda indagamos: ao *Direito* importam os valores extrajurídicos e não positivados? Se sim, em que limite? Sem embargo, não engendramos na busca de resposta a essas indagações. Por esta via, apenas apresentamos o problema ao debate.

4. CONTINUIDADE CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO, AINDA PELA ÓPTICA DA PSEUDO-SEGURANÇA JURÍDICA QUE LHE FUNDAMENTA – O PROBLEMA DA CONCEPÇÃO ESTRITA DE NORMA JURÍDICA

A organização da vida em sociedade requer instrumentos apropriados ao controle e regulação das relações intersubjetivas, e isso, de modo mais intenso, como legado da Modernidade, dá-se voluntaria ou involuntariamente por meio da priorização do conceito de norma, primado da normatização escrita e ou verbal, que, entretanto, afigura-se de diversas espécies. As normas, como de se pensar de uma rápida leitura estanque e compartimentada, não são características privativas do Direito, mas permeiam os meandros de diversos outros setores ontológicos, a exemplo do religioso e dos comportamentais sociais. Apresentam-se, à vista dessa polivalência, de origens prescritivas e de naturezas morais, *e.g.*, a caminhar em um sentido social-regulador *pari passu* com as normas jurídicas. Estas últimas são postas pelo Estado, com o fim institucional majoritariamente publicístico de prescreverem condutas por meio de conceitos descritivos-definitórios do dever de agir, de omitir-se ou de permitir outras ações ou omissões de terceiros, e, em grande parte dos casos, vinculados, tais conceitos, a padrões deontológicos ao poder-dever de esse mesmo Estado aplicar as sanções correspondentes, como incidências decorrentes do descumprimento das condutas estipuladas²⁸.

²⁷ Cf. ATENCIA, J. M. *Positivismo y neopositivismo*. In: *Anales del Seminario de Metafísica*. Nº 25-1991/143-154. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2005; GARCÍA FIGUEROA, A. *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo*. GARCÍA FIGUEROA, A. (Coord.). in: *Racionalidad y Derecho*. Madrid: CEPC, 2006, p. 265-28; e CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

²⁸ Para uma abordagem aprofundada das questões axiológicas que envolve a crise do Direito, *cf.*: CUNHA, Ricarlos Almagro. *Segurança jurídica e crise no direito*. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012.

Surge daí a concepção dos conceitos de *lícito* e de *ilícito* a correlacionarem-se às necessidades de organização e de controle social pelas mãos do Estado Democrático de Direito. Afiguram-se, por corolário, o império das leis e a submissão de todos os indivíduos e entes jurídicos personificados, inclusive o Estado, e não personificados, às leis e a esses modalizadores deônticos, funtores teleológicos determinantes de condutas.

A internação das prescrições normativas, sob o ideal de organização e orientação de condutas, aos meandros orgânico-burocráticos do Estado, este enquanto instrumento administrador a serviço do bem comum – interesse público –, afigura-se fundamentada na necessidade de tutela endógena, intrínseca, do aparato estatal. A “regulação-controle” das relações sociais, com efeito, passa necessariamente pelo “direito”, entendido como “legitimação” e “prerrogativa”, e, não menos, como “dever” de o Estado, em suas três grandes subdivisões de funções – executiva, judicial e legislativa –, exercer atribuições coercitivas dentro de um conceito de *poder-dever institucional*, haurido dos pressupostos do modelo de contrato social, em Hobbes, Locke e Rousseau²⁹.

Há, perfilhado a esse conceito de interesse público-coletivo-social, não somente um horizonte de *poder-prerrogativa*, mas, também e primordialmente, um contorno de *dever-sujeição*. Essa é a essência do contrato social inspirado nos pensamentos dos filósofos iluministas a formar as balizas para a legitimação do direito, ou seja, a razão jurídica de ser da ordem normativa³⁰. Para tal fim, à vista desses fatores e sob o manto do (e limitado pelo) princípio da legalidade, o Estado-juiz vale-se do ordenamento jurídico, representado pelas disposições legais, que compõem o corpo normativo, o conjunto de leis-texto e normas institucionalizadas, ambiente em que se estipulam as concepções de *normas-regras* e *normas-princípios*³¹.

O direito positivo estatal adota a linguagem e o texto do vernáculo como veículo introdutor de normas e, deste ângulo, afere-se o texto legal, de onde se extrai a norma regulatória de condutas, oriunda ou proveniente de suporte de fundo, o texto-legal, que se perfaz, em linguagem normativa, dotada de signos, significantes e significados (sentido dogmático)³².

Todavia, sem embargo do que esse modelo pode trazer de insegurança à luz de uma teoria positivista do direito, essa orientação de sentido não parece

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; e LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

³² RADBRUCH, Gustav. **Introducción a La ciencia del derecho**. Traducción de Luis Recanses Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

ser o caso dos móveis da decisão de inconstitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal.

O Direito não reconhece legitimação do agir ou do omitir-se, quer do Estado, quer de seus agentes, afastados das disposições afirmadas em texto legal e aqui se entenda também o texto da Constituição, a ser abarcado pelo conceito *lato* de lei, sob o prisma de identificação de normas jurídicas: regras e princípios. O texto normativo, como fonte do Direito, erige-se a instrumento exclusivo da concretização da finalidade pública que, com a apreensão da noção do código binário “lícito” e “ilícito”, constitui-se em centro autêntico irradiador da *legitimação*, do *logos*, das ações públicas e dos direitos e garantias fundamentais e das demais normas correlatas e decorrentes, para estear-se frente a eventuais abusos ou excessos do Estado. Com bem assinala Esser, não há de se inferir ampla margem de liberdade extratextual do sistema dogmático-positivista, pois isso leva à arbitrariedade³³. No positivismo jurídico, afastando-se dos costumes do Direito Natural, a lei afigura-se como o principal instrumento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, das instituições gestoras da ordem pública.

Com essas asserções concluímos que o direito positivo se afigura plástico, moldável dentro de uma “margem de manobra”³⁴ ou de mobilidade manipulável pelo intérprete e aplicado do Direito, sem que se afaste do campo de validade do “normado”, o que se pode denominar, também, nas palavras de Rodríguez Puerto, uma “racionalidade flexível”³⁵. Em nossa concepção, a *moldura* referida por Kelsen – e aqui formulamos uma crítica para contrariar o autor austríaco *juspositivista* –, não perfaz nitidamente uma moldura, mas sim um ponto, um pequeno e único ponto em uma reta, em que e somente se, nele a norma se apresenta constitucional e válida. A moldura, a exemplo do que circunda um quadro – a nosso sentir –, pode ser entendida como um campo histórico pró-futuro ou pró-passado em que a norma foi ou será validamente aceitável, mas como momento presente de exteriorização da decisão, somente um ponto, dentro de toda a área contornável pela moldura se sustente a prova da validade, haja vista que esta é temporal, a depender dos valores que permeiam o complexo contexto sociocultural.

Nessas balizas, a decisão de reconhecimento da inconstitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal, afigura-se, em um primeiro olhar, dotada de

³³ ESSER, Josef, *op. cit.*, p. 84 e ss.

³⁴ Expressão utilizada por SEABRA FAGUNDES (cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Voto relator na apelação cível n.º 1.422*. In *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948).

³⁵ PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. *Interpretación, derecho, ideología: la aportación de La hermenéutica jurídica*. Granada: Comares, 2011.

caráter decisionista, aos moldes da discricionariedade de uma teoria pura do direito, ao incluir valor político-financeiro em um contexto em que se requer a técnica aplicada a um fim, porém a partir da premissa de deixar-se o aparecer da realidade, ao menos em um ambiente formado pelo consenso coletivo, como defende Kaufmann³⁶ – o que parece não ser o caso da decisão em comento.

À vista da necessidade de atuação jurisdicional firmada na ética e na *prudência*, a partir de um escopo de ordem jurídica em busca da realização do ideal de justiça³⁷, se não se tratou de decisionismo discricionário, ao considerar que “os juízes são cidadãos de um mundo compartilhado, no qual aquilo que se lhes dá não é um amorpho pronto para ser formatado”³⁸, e, por outro lado, se “o ordenamento jurídico não fica ao sabor de interpretações arbitrárias de um juiz solipsista porque não se tem um enclausuramento conceitual”³⁹ na norma afeta ao direito posto, resta saber, sob uma análise fenomenológica, para o caso ora submetido à pesquisa, qual é o “sentido compartilhado como um mesmo para todos”⁴⁰ que se valeu o julgador. Acreditamos que, de plano, não há uma certeza de razão jurídica justificante.

5. UMA POSSÍVEL “RAZÃO SUFICIENTE” PARA A DECISÃO TOMADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 381367 (“DESAPOSENTAÇÃO”) PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Constantemente, a par do teor dos próprios votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a mídia em geral declina as mais variadas justificativas de tomadas de decisão, pelos Ministros da Corte, completamente distintas do que ordinariamente se tem estudado sobre a teoria do direito. A aplicação do direito por meio de regras e de princípios jurídicos tem ficado cada vez mais longe das *práxis* do Estado Jurisdicional, ao menos no que se tem acompanhado nos tabloides mais populares brasileiros.

Para o caso da decisão de inconstitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal, a questão não foi diferente. A mídia televisiva noticiou uma possível, porém extrajurídica, razão convergente à tomada de decisão pelo STF, senão vejamos:

³⁶ KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*

³⁷ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial**: o papel da prudência na concretização de direitos. Curitiba: CRV, 2015, p. 138 e ss.

³⁸ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 78.

³⁹ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁰ *Idem*, p. 76-77.

A Advocacia Geral da União - AGU entende que a revisão sem a devolução dos valores contraria a Constituição Federal, que estabelece o 'caráter contributivo da Previdência Social e a necessidade de preservação do equilíbrio entre suas receitas e despesas'⁴¹.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux afirmou nesta sexta-feira (28) que o rombo da Previdência e a crise econômica foram determinantes na decisão da Corte de vetar o recálculo da aposentadoria quando o aposentado volta ao mercado de trabalho, a chamada 'desaposentação' [...] "Hoje, o cenário jurídico gravita em torno do binômio direito e economia", comentou Fux, ao discursar em congresso sobre segurança jurídica no INSS. 'Foram os influxos da economia que levaram o Supremo Tribunal Federal a vetar essa possibilidade diante do que hoje a economia exige do magistrado uma postura pragmático-consequencialista', acrescentou [...] "Tudo isso é analisado sob o prisma e o âmbito econômico", disse Fux⁴².

Após atribuir ao INSS o maior rombo da economia, Fux destacou que a decisão do Supremo evitou um rombo nas contas públicas de R\$ 300 bilhões⁴³.

Nesta última referência, afere-se que a decisão de inconstitucionalidade da "desaposentação" teria sido firmada – e isso, como ponto fundamental para o teor de seu dispositivo – em consideração não do ideal de submissão do Direito a regras e princípios jurídicos, mas sim em decorrência de modulação desse Direito ao amparo de pensamento de cunho *político-econômico-financeiro*, com o propósito de evitar um "rombo" nas contas públicas, o que se denominou, conforme afirmou o Ministro da Corte, de uma "postura pragmático-consequencialista".

Com exceção de alguns Ministros, que se detiveram estritamente na análise do direito-texto, quanto à existência ou não de lei, a Corte, de uma forma ou de outra, deixou transparecer (mesmo em alguns votos que inicialmente se subsidiaram em texto legal, a exemplo do Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes) certo escopo "pragmático-consequencialista", de modo a adotar – ao menos como uma inicial tendência para as decisões que envolvam dispêndio de recursos públicos pelo Estado – uma "ética consequencialista"

⁴¹ <http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2016-10/agu-diz-que-se-stf-aprovar-desaposentacao-segurado-devolvera-dinheiro>. Consultado em 23.05.2017.

⁴² <http://exame.abril.com.br/economia/rombo-da-previdencia-levou-stf-a-vetar-desaposentacao-avalia-fux/>. Consultado em 23.05.2017.

⁴³ http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/10/28/internas_economia,555156/rombo-da-previdencia-levou-supremo-a-vetar-desaposentacao-avalia-fu.shtml. Consultado em 23.05.2017.

(pragmatismo jurídico, arrimado no realismo jurídico, de origem norte-americana)⁴⁴ e a afastar-se de uma “ética deontológica” (de perspectiva kantiana)^{45/}

46.

⁴⁴ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ “**STF considera inviável recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei.** O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria. A tese a ser fixada para efeito da repercussão geral deverá ser votada no início da sessão plenária desta quinta-feira (27). Foram julgados sobre o tema os Recursos Extraordinários (RE) 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Prevaleceu o entendimento do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão de 29 de outubro de 2014. Ele afirmou que, embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão desse direito. O ministro Toffoli salientou que a Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação, que possibilitaria a obtenção de benefício de maior valor a partir de contribuições recolhidas após a concessão da aposentadoria. Na ocasião, foi acompanhado pelo ministro Teori Zavascki. **Ministra Rosa Weber:** [...] Na visão da ministra, não existe proibição legal expressa a que um aposentado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que tenha continuado a trabalhar obtenha novo benefício, com base nas novas contribuições. [...] ‘Não identifico no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, vedação expressa à desaposentação, considerada a finalidade de, a partir do cômputo de novo período aquisitivo, obter mensalidade de aposentadoria de valor maior’. **Ministro Edson Fachin:** O ministro Edson Fachin acompanhou a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, dando provimento ao RE 661256 por entender que o STF não pode suplantar a atuação legislativa na proteção aos riscos previdenciários. [...] **Ministro Luís Roberto Barroso:** Relator do RE 661256, o ministro Luís Roberto Barroso reafirmou o voto proferido por ele em outubro de 2014 quando deu provimento parcial ao recurso no sentido de considerar válido o instituto da desaposentação. Na sessão de hoje, ele aplicou a mesma conclusão ao RE 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio. **Ministro Luiz Fux:** [...] ‘No meu modo de ver, trata-se de expediente absolutamente incompatível com o desiderato do constituinte reformador que, com a edição da Emenda Constitucional 20/1998, deixou claro seu intento de incentivar a postergação das aposentadorias’, disse o ministro ao ressaltar que a contribuição de uma pessoa serve para ajudar toda a sociedade. Segundo ele, a obrigatoriedade visa preservar o atual sistema da seguridade e busca reforçar a ideia de solidariedade e moralidade pública, entre outras concepções. **Ministro Ricardo Lewandowski:** O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a corrente vencida que reconheceu o direito do segurado à desaposentação. Segundo ele, diante da crise econômica pela qual passa o país, não é raro que o segurado da previdência se veja obrigado a retornar ao mercado de trabalho para complementar sua renda para sustentar a família. [...] ‘A aposentadoria, a meu ver, constitui um direito patrimonial, de caráter disponível, pelo que se mostra legítimo, segundo penso, o ato de renúncia unilateral ao benefício, que não depende de anuência do estado, no caso o INSS’. **Ministro Gilmar Mendes:** O ministro Gilmar Mendes votou no sentido de negar o direito à desaposentação por entender que, se o segurado se aposenta precocemente e retorna ao mercado de trabalho por ato voluntário, não pode pretender a revisão do benefício, impondo um ônus ao sistema previdenciário, custeado pela coletividade. Para o ministro o artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, não deixa dúvida quanto à vedação da desaposentação no âmbito do ordenamento previdenciário brasileiro. ‘O dispositivo é explícito ao restringir as prestações da Previdência Social, na hipótese dos autos, ao salário-família e à reabilitação profissional’. Da mesma

Neste ponto surge a dúvida se tal atuação – nomeadamente extramuros das balizas de que se tem costume defender na teoria da decisão jurídica – seria (i) uma expressão de ativismo judicial de carga política, ou, por outro lado, (ii) uma face da *prudência* como reflexo da ética na teoria da decisão judicial⁴⁷.

Denota-se, destarte um viés político, decorrente, como já referido, do emprego da “ética consequencialista”, representativa de uma faceta do pragmatismo jurídico, que faz ressurgir o realismo jurídico, de origem norte-americana⁴⁸.

Bem certo que Ronald Dworkin considera o direito como um sub-ramo da política e esta um sub-ramo da *moral política* que, por sua vez, reportar-se-

forma, segundo ele, o Decreto 3.048 é ‘cristalino’ quanto à irreversibilidade e à irrenunciabilidade da aposentadoria por tempo de contribuição. ‘Não se verifica, portanto, uma omissão normativa em relação ao tema em apreço. As normas existem e são expressas na vedação à renúncia da aposentadoria de modo a viabilizar a concessão de outro benefício com o cálculo majorado’, disse o ministro, acrescentando que o conteúdo das normas está em consonância com preceitos adotados no sistema constitucional de Previdência Social, especificamente os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade social. O ministro citou dados da Advocacia Geral da União de que um eventual reconhecimento do direito à desaposentação pelo STF teria impacto de R\$ 1 bilhão por mês aos cofres da Previdência Social. Para ele, se a matéria deve ser revista, isso cabe ao Congresso Nacional, com base nos parâmetros que a Constituição Federal determina, e não ao Poder Judiciário. **Ministro Marco Aurélio:** Em seu voto, o ministro Marco Aurélio manteve sua posição já proferida como relator do RE 381367, favorável à possibilidade de desaposentação, assegurado ainda ao contribuinte o direito ao recálculo dos proventos da aposentadoria após o período de retorno à atividade, adotando a mesma posição nos demais recursos. **Ministro Celso de Mello:** O ministro Celso de Mello relembrou no início de seu voto a histórica afirmação pelo STF, em seus julgados sobre o Regime Geral da Previdência Social, dos postulados da solidariedade, universalidade, equidade e do equilíbrio financeiro e orçamentário. O parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição estabelece a necessidade de existência de fonte de custeio para a criação ou ampliação de benefício, explicitando o princípio do equilíbrio atuarial. A alteração introduzida em 1997 na Lei 8.213/1991 previu explicitamente que o aposentado que permanecer em atividade não faz jus à prestação da previdência, exceto salário família e reabilitação profissional. Isso revelou a intenção do legislador, que deixou de autorizar um direito que poderia ser entendido pelo beneficiário como estabelecido. A lacuna existente na legislação quanto ao tema não implicaria, nesse caso, a existência do direito. ‘Esse tema se submete ao âmbito da própria reserva de parlamento, que deve estar subordinada ao domínio normativo da lei’. **Ministra Cármen Lúcia:** Em seu voto, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia adotou a posição segundo a qual não há fundamento na legislação que justifique o direito à desaposentação. ‘Me parece que não há ausência de lei, embora essa seja matéria que possa ser alterada e tratada devidamente pelo legislador’. A Lei 8.213/1991 trata da matéria, e o tema já foi projeto de lei, portanto, para a ministra, não houve ausência de tratamento da lei, apenas o tratamento não ocorreu na forma pretendida pelos beneficiários. Os preceitos legais adotados, por sua vez, são condizentes com os princípios da solidariedade e com a regra do equilíbrio atuarial. **Resultados:** Ao final, o Plenário, por maioria, negou provimento ao RE 381367[...]. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>. Consultado em 23.05.2017).

⁴⁷ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial:** o papel da prudência na concretização de direitos. Curitiba: CRV, 2015.

⁴⁸ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *op. cit.*

ia, também na qualidade de sub-ramo, à moral e à ética⁴⁹. Todavia, a simples justificação política – se esta for, de fato, a justificação utilizada por membros da Corte Suprema – não tem o condão de, isoladamente, prestar-se ao direcionamento do conteúdo do ato decisório. Não é esse o sentido dado por Dworkin ao afirmar *o direito ser um sub-ramo da política*. Os *argumentos de política*, pensamos, somente poderiam ser utilizados pelo julgador, acaso primeiramente identificados e positivados por ação precedente do Poder Legislativo. Não se há de conceberem decisões, em que pese à pseudo-ancoragem em texto de lei e, inclusive, com remissões a princípios jurídico-normativos, cuja essência se tenha dado em face de necessidades políticas de determinado governo.

Seja como for, o fato é que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tornou esse fenômeno um “lugar comum”, onde tudo é possível, bastando para isso que apenas se faça uma suposta subsunção do conceito do fato à hipótese de incidência normativa do direito positivo, para dar o aspecto de legalidade e, destarte, de legitimidade ao conteúdo decidido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, afere-se na prática que, a par das regras e dos princípios jurídicos, possivelmente outra ou outras espécies categóricas prestam-se às decisões, compondo – em conjunto com aquelas outras duas espécies inicialmente catalogadas pela doutrina dominante – também o elenco de “normas jurídicas”, ou seja, “fontes do Direito”.

Daí por que se falar inicialmente em investigar quais seriam os elementos “extrajurídicos” concebidos como valores extranormativos, factíveis de serem utilizados para o deslinde de problemas jurídicos de alta indagação: apenas trazer ao debate o fato de que outros critérios são usualmente utilizados pelos Tribunais e, em decorrência de características de uma patente *racionalização extrametódica da decisão judicial*, extrapolam a concepção ordinária de argumentação jurídica como critério de correção do sistema dogmático-positivo.

Em que pese ao emprego de regras e princípios para as decisões judiciais, em casos de grande repercussão, *e.g* econômica, financeira ou social, valores “extrajurídicos” e mesmo “extramorais” ou “amorais” – o que não significam imorais – têm sido empregados, para a formação do convencimento do órgão julgador, como no caso do julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 (sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do instituto da “Desaposentação”) pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

REFERÊNCIAS

- ADAM, Karl. **Glauben und Glaubenswissenschaft im Katholizismus: Vorträge u. Aufsätze.** Text der 2. Aufl.. Rottenburg: Bader'sche Verlagsbuchhandlung, 1923.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATENCIA, J. M. *Positivismo y neopositivismo.* In: **Anales del Seminario de Metafísica.** N.º 25-1991/143-154. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2005.
- BOLONHA, Carlos; RANGEL Henrique; ALMEIDA, Maíra. A proposta de uma constituição sistêmica. **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC,** p. 13-38, v. 34.1, jan./jun. 2014.
- BYDLINSKI, Franz. *Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung.* In KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Hrsg.). **Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken – Symposium zu Ehren von Herrn Dr. Dr. h.c. mult. ClausWilhelm Canaris.** München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 27-88.
- CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo.** Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito.** 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012.
- _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito.** Curitiba: CRV, 2014.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização de direitos.** Curitiba: CRV, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Justiça para ouriços.** Lisboa: Almedina, 2012.
- ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.** Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Ficher, 1972.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método.** Vol. I. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.
- _____. **Verdad y método.** Vol. II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.

GARCÍA FIGUEROA, A. *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo*. GARCÍA FIGUEROA, A. (Coord.). in: **Racionalidad y Derecho**. Madrid: CEPC, 2006, p. 265-28.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. **O princípio do fundamento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001,

KAUFMANN, Arthur. **hermenéutica y derecho**. Granada: Comares, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2009.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a La ciência del derecho**. Traducción de Luis Recanses Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, p. 13-29, 2013, v. 33.2, jul./dez., p. 15.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHELER, Max. **Vom ewigen im menschen**. Text der 3. Aufl. Berlin: Berlin Der Neue Geist 1933.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Voto relator na apelação cível n.º 1.422. In Revista de Direito Administrativo.** Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948.

SOUZA, Elden Borge; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC**, P 120-137, v. 36.2, jul./dez. 2016.

PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología: la aportación de la hermenéutica jurídica.** Granada: Comares, 2011.

Submetido em: 20 jun. 2017. Aceito em: 12 fev. 2018.