

LIMITES EXEGÉTICOS DO ATIVISMO JUDICIAL: POR UMA ESTRATÉGIA HERMENÊUTICA DE PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DOGMATIC LIMITS TO THE JUDICIAL ACTVISM: FOR ONE DOGMATIC STRATEGIC OF PRESEVERTION OF RULE OF LAW

Guilherme Sandoval Góes¹

Mariana de Freitas Rasga²

RESUMO: Este estudo analisa os limites exegéticos do ativismo judicial no contexto “neoconstitucionalista” atual, cujo desafio é encontrar o equilíbrio entre a liberdade de conformação do legislador democrático e a efetividade dos direitos fundamentais. É nesse sentido que desponta a urgência de uma nova estratégia hermenêutica capaz de impor maior racionalidade ao discurso jurídico, sem adentrar ao campo do mero decisionismo judicial. Com efeito, o grande desafio do hodierno Estado Democrático de Direito é afastar a possibilidade de implantação de um “Estado Judicial de Direito”, no qual se constata a predominância cêntrica do poder judiciário. Assim, o grande desiderato é conceber uma nova estratégia hermenêutica capaz de conciliar o ativismo judicial e o necessário respeito à separação de poderes.

Palavras-chave: Teoria da Constitucional. Racionalidade, Neoconstitucionalismo, Eficácia metajurisdicional.

ABSTRACT: Due to complexity of current constitutional law and the hard cases, the need of imposing rationalism to the legal discourse gains importance, primarily because of the new principles interpretation. In the prevailing legal paradigm and considering that balancing conflicting principles became one of the most difficult problems of rule of law, this article aims to analyze and propose a new strategy for the protection of jus-fundamental rights.

Keywords: Constitutional theory, Rationalism, Neo-constitutionalism, Metajurisdictional normative domain.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Docente de Direito Constitucional e de Direito Internacional Público da Universidade Estácio de Sá (UNESA), Professor da Escola Superior de Guerra (ESG), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP), Coordenador do Curso de Direito do Campus Tom Jobim da UNESA.

² Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Docente da Universidade Estácio de Sá.

1 Introdução

A dogmática pós-positivista implicou mudanças radicais na teoria da eficácia constitucional, principalmente após a evolução científica que desaguou na consolidação da força normativa dos princípios constitucionais. Com efeito, a cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à nova interpretação constitucional, com o objetivo maior de consolidar tal normatividade.

A efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante a harmonização entre o texto da lei e a pauta de valores axiológicos da Constituição. É nesse diapasão que desponta a relevância da elaboração de uma nova hermenêutica que faça uso do ativismo judicial sem descuidar da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Ou seja, é importante construir um novo modelo que reconheça a dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do direito, sem, entretanto, invadir desproporcionalmente o espaço discricionário do legislador democrático.

Nesse sentido, a nova interpretação constitucional afasta-se do mero decisionismo judicial do juiz solipsista, tal qual vislumbrado por Lenio Streck para se aproximar da aplicação ético-indutiva de garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Portanto, o exegeta hodierno não pode mais ficar mais adstrito à literalidade da norma posta pelo legislador (*prius* da interpretação constitucional), mas, deve sim aplicar as hodiernas estratégias hermenêuticas de ponderação de valores e de proteção do núcleo essencial.

A resolução dos problemas constitucionais do tempo presente demanda - sem nenhuma dúvida - o ativismo judicial proporcional, que, no entanto, não pode extrapolar os limites dos limites impostos pelo núcleo intangível dos direitos fundamentais. A garantia desse núcleo mínimo de direitos, bem como o controle intersubjetivo da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle,³ irão imprimir legitimidade democrática para as decisões judiciais aditivas.

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender as razões pelas quais o neoconstitucionalismo pós-positivista necessita reconstruir uma nova hermenêutica focada na superação do *sistema fechado de regras jurídicas*, substituindo-

³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

o por um novo olhar da interpretação constitucional focada na ideia de que a *Constituição é norma jurídica*, logo capaz de gerar direitos e obrigações.⁴ Eis aqui a essência da dogmática pós-positivista: toda norma constitucional - independentemente de ser regra ou princípio - tem efetividade ou eficácia social. Em consequência, a Constituição passa a ser percebida como um *sistema aberto de regras e princípios*, igualmente dotados de força jurídica, vale dizer força de criar o direito.

Nesse sentido, a efetividade das normas constitucionais deve superar seu grande desafio do século XXI, qual seja: desenvolver fórmulas hermenêuticas avançadas, capazes de realizar diretamente a Constituição, sem necessidade de intervenção legislativa superveniente e sem agredir o princípio da separação de poderes, um dos pilares de sustentabilidade do Estado Democrático de Direito.

Há que se superar a imagem de que as normas de eficácia limitada e as normas programáticas não têm o condão de gerar de *per se* direitos públicos subjetivos, quer sejam políticos, individuais, sociais ou difusos. Ou seja, tais normas não são meros comandos axiológicos de eficácia negativa, incapazes, por via de consequência, de garantir direitos subjetivos para o cidadão comum. Ao revés, os princípios são normas jurídicas diretamente sindicáveis perante o poder judiciário, que não dependem de intervenção legislativa superveniente. Com isso, grande parte dos direitos constitucionais do cidadão brasileiro ganha efetividade ou eficácia social.

É nesse sentido que surge a necessidade de uma nova teoria da eficácia constitucional, mais consentânea com a leitura moral do direito e dentro de um quadro dogmático complexo que envolve temas sensíveis da interpretação constitucional contemporâneo, tais como: (i) dimensão retórica das decisões judiciais e a segurança jurídica, (ii) limites hermenêuticos do ativismo judicial, (iii) jusfundamentalidade material dos direitos sociais submetidos à reserva do possível, (iv) existência de um núcleo essencial intangível dos direitos constitucionais, e (v) colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Portanto, outro caminho não se terá senão o de arrostar tais temas sensíveis, daí a proposta deste artigo de enfrentar os desafios do direito constitucional contemporâneo, propondo novas modalidades da eficácia constitucional a partir de uma “estrutura normativa tridimensional”, composta de uma parte nuclear (área de conteúdo essencial

⁴Na síntese de Luís Roberto Barroso: “No plano jurídico, a doutrina atribuiu normatividade plena a Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. “Doutrina brasileira da efetividade”. In: *Temas de direito constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77.

da norma constitucional), uma parte ponderável (área de conflito com outras normas constitucionais de mesma hierarquia) e, finalmente, uma parte metajurisdicional (área de eficácia meramente negativa, sem criação jurisprudencial do direito).

Com efeito, tal estrutura normativa tridimensional é capaz de edificar uma estratégia de interpretação constitucional avançada, com idoneidade epistemológica para mitigar a questão da insegurança jurídica inerente à escola neoconstitucionalista, sem, entretanto, infirmar a força normativa da Constituição (conquista hermenêutica tão arduamente obtida) e nem violar a separação de poderes.

Sem se afastar da devida cientificidade do direito, a perspectiva neoconstitucional e a dogmática pós-positivista constroem um novo patamar para a teoria da eficácia constitucional, na mediada em que adotam um conjunto metodológico-conceitual que consegue descrever o conteúdo total dos direitos constitucionais, desde seu núcleo essencial até seu espectro normativo metajurisdicional, perpassando antes pela área de ponderação de valores de normas de mesma dignidade constitucional.⁵

No entanto, antes de examinar a estrutura normativa tridimensional das normas constitucionais, é necessário, inicialmente, enfrentar a transposição do paradigma positivista de racionalidade silogístico-formalista (pensamento axiomático-mecânico-dedutivo) para o paradigma de racionalidade discursiva (pensamento axiológico-tópico-indutivo) do direito. Este será o objeto da primeira segmentação temática do presente trabalho acadêmico.

2 A nova estratégia e a dimensão retórica das decisões judiciais.

Ao definir o neoconstitucionalismo Luís Roberto Barroso assevera que:

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de idéias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos

⁵ Isto não significa dizer, entretanto, que as tradicionais classificações das normas constitucionais feitas por José Afonso da Silva e outros brilhantes doutrinadores sejam obsoletas, mas, apenas, que se encontram em planos distintos, como vamos tentar demonstrar ao longo deste artigo.

fundamentais edificada sob a idéia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.⁶

É bem de ver, portanto, que o neoconstitucionalismo brasileiro não ficou apartado da viragem hermenêutica, que aproxima o direito dos demais fluxos epistemológicos como a filosofia, a ética, a sociologia, a antropologia, a ciência política etc. Isto significa dizer que a nova interpretação constitucional incorporou a racionalidade retórico-argumentativa (dianoética), que viabilizou o “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológicas pós-positivas, provocado por sua vez pelo giro pragmático da Filosofia da linguagem, especialmente após a obra de Wittgenstein II.⁷

Portanto, a eficácia da norma constitucional deve ser aferida a partir das teorias da argumentação jurídica, nas quais a normatividade do direito não se encontra apenas no “texto da norma”, mas, principalmente, na racionalidade argumentativa das decisões judiciais.

Com efeito, as linhas mestras da nova interpretação constitucional são traçadas com a tinta forte da racionalidade discursiva associada à *dimensão retórica das decisões judiciais*, em substituição à racionalidade silogístico-subsumtiva ligada ao texto da norma do positivismo normativista. Modernamente, na perspectiva de uma reconstrução pós-positivista, a normatividade do direito não se atrela tão somente ao conteúdo da norma em abstrato, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão pela *consciência epistemológica* da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Desta forma, no plano hermenêutico, a dogmática pós-positivista dá nova feição para a correção normativa do direito, na medida em que imprime força jurígena ao conjunto de argumentações jurídicas usado na elaboração das decisões judiciais.

No entanto, esta nova visão da hermenêutica constitucional não se confunde com o mero decisionismo judicial, desprovido de qualquer controle científico-metodológico. Muito pelo contrário, sob a égide da dogmática pós-positivista, o ativismo judicial é submetido à rigorosa fiscalização por parte da sociedade aberta de intérpretes da Constituição (Peter Häberle). Ou seja, o juiz não é livre para impor sua

⁶ Prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Para uma visão completa acerca da nova interpretação constitucional, vide BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed., São Paulo: Landy, 2004, p. 35.

própria vontade política; não é soberano para decidir conforme sua própria pré-compreensão e/ou consciência, ao revés, é obrigado a convencer o auditório (Perelman) de que sua norma-decisão está consoante com o sentimento constitucional de justiça, que, por sua vez, guarda os valores éticos da sociedade como um todo e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito diferente era a mundividência do paradigma positivista porque acreditava que a cientificidade do direito tinha por gênese sua própria sistematicidade intrínseca, o que evidentemente o isolava de qualquer outro fluxo epistemológico (filosofia, ética, sociologia, política etc.). Na visão da dogmática tradicional, os valores axiológicos ainda não positivados pelo legislador democrático não tinham o condão de penetrar no universo fechado das regras jurídicas, sem o grave risco de quebra de cientificidade do direito.

É nessa extensão que o positivismo jurídico projeta a imagem de um direito autopoiético, fechado em si mesmo, autorreprodutor e autorregulador, tal qual concebido por Niklas Luhmann.⁸ De feito, a abordagem autopoiética confere ao direito a possibilidade de autorreferência sistêmica dentro de uma visão formal e autossuficiente, como se o direito fosse autônomo em relação à sociedade e aos demais fluxos epistemológicos. Sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann,⁹ o direito autopoiético não se comunica com os demais subsistemas sociais, já que fechado em si mesmo. Ou seja, a racionalidade jurídica positivista parte de uma lógica de “ordem no sistema sem contradições”, que não se coaduna com as antinomias objetivas do direito constitucional contemporâneo, eivado de colisões de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Ora o neoconstitucionalismo se desenvolve exatamente neste espectro normativo de conflito de normas com a mesma dignidade constitucional, o que evidentemente requer um tipo de racionalidade jurídica que se pautar no pensamento discursivo que é, por excelência, um pensamento dianoético. Aliás, as expressões são sinônimas.¹⁰ Com rigor, o que se quer realmente aqui reafirmar é a mudança de paradigma da interpretação constitucional que se afasta do direito autopoiético de

⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980; e *Sistemas sociais*. Lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

⁹ Para uma abordagem academicamente densa acerca do direito enquanto sistema autopoiético, sugere-se a leitura de DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*. Teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004, p. 123-166.

¹⁰ De acordo com o Dicionário eletrônico Aurélio – Século XXI, dianoético significa pertencente ou relativo ao pensamento discursivo.

Luhmann, para se aproximar da racionalidade discursiva (dianoética),¹¹ daí a ideia-força de aplicação axiológico-indutiva do direito. Axiologia porque busca a reaproximação entre o direito e os valores éticos da sociedade e concepção indutiva porque parte do caso particular para o caso geral.

Realmente a tarefa de distribuir justiça com segurança jurídica é um dos grandes objetivos-ônibus do paradigma neoconstitucionalista, que para tanto vai muito além da mera aplicação mecânica do dogma da subsunção, pois vê a Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios*, caracterizado pela coerência do conteúdo de suas normas que se harmonizam na unidade axiológico-finalística da dignidade da pessoa humano.

De tudo se vê, por conseguinte, que a teoria neoconstitucional e a dogmática pós-positivista simbolizam a antítese da visão autopoietica do direito de Niklas Luhmann, cujo destino inexorável é a rejeição da velha hermenêutica do paradigma de racionalidade silogístico-subsuntiva da concepção dedutiva do direito.¹² Fácil é perceber que tanto a concepção dedutiva (aplicação silogística partindo do caso geral para o particular), quanto a visão axiomática (fixação de conceitos jurídicos fechados capazes de descrever *in abstracto* toda a realidade social) não se coaduna com normas constitucionais principiológicas de baixa densidade normativa e alto teor de vagueza.

¹¹ Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto destacam que “No mundo francófono, as investigações de Chaïm Perelman salientaram a **importância crucial da argumentação** na autocompreensão hodierna do direito, erguendo inúmeras objeções ao positivismo jurídico. Essas críticas situam-se na ancoragem filosófica dessa perspectiva – herdeira do racionalismo moderno e sofisticada pelo empirismo-lógico do círculo de Viena -, quanto nas questões metodológicas, concernentes à **racionalidade das decisões jurídicas**, não acolhendo as premissas kelsenianas como definitivas, especialmente quando essas negligenciam o papel crucial desempenhado pelos princípios gerais de direito na economia geral de funcionamento dos sistemas jurídicos ocidentais após a Segunda Grande Guerra. Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 168.(grifos nossos).

¹² É nesse sentido que Perelman entendia que “as concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidos após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador”. É por isso que, em linhas gerais, a racionalidade retórico-argumentativa de Perelman refuta o discurso axiomático do direito, especialmente na inteligência de que o direito é um *sistema fechado de axiomas pré-estabelecidos* e capazes de regular a vida social. Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica. Nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.9.

Sem nenhuma dúvida, a Constituição brasileira é compromissória,¹³ portanto, não se adapta à aplicação inflexível do paradigma de racionalidade silogístico-subjuntivo-dedutiva do direito, desnitrindo assim a interpretação constitucional, vez que a operação exegética fica desprovida do *jogo concertado dos princípios*, instrumento central da atividade decisória dos magistrados de hoje em dia.

Urge, pois, inverter o sinal da nova interpretação constitucional, dotando-a com a nova marca do paradigma de racionalidade discursiva, valorizadora da dimensão retórica das decisões judiciais. Já não é mais suficiente o emprego da mera racionalidade silogístico-subjuntiva amparada pelo pensamento sistemático-dedutivo, ou seja, ao juiz ou intérprete do tempo presente, é inexorável o uso da racionalidade discursiva, retórico-argumentativa, dianoética. Isto significa dizer que os obstáculos hermenêuticos dos problemas constitucionais hodiernos somente serão ultrapassados com o emprego de novas estratégias de interpretação constitucional, de cunho pós-positivista e aptas a superar a letra da lei, mas, que, no entanto, permaneçam subordinadas à ordem jurídica como um todo. É o que Karl Larenz denomina de “direito *extra legem*, porém, *intra jus*.”¹⁴

Esta é a razão pela qual se acredita que a base teórica que informa a correção normativa do direito pós-positivista é, indubitavelmente, o paradigma de racionalidade discursiva, que supera a dimensão literal do enunciado normativo (*extra legem*), mas, permanece limitado pela pauta de valores axiológicos da Constituição (*intra jus*).

A racionalidade dianoética é a base de legitimação da norma-decisão, aqui considerada como norma já devidamente interpretada pelo magistrado. Ou seja, a ideia de norma-decisão ou norma-resultado é aqui desenvolvida dentro daquela imagem wittgensteiniana do *jogo de linguagem* que se transforma em *jogo de interpretação*.

Para resumir, a escolha final da norma-decisão ou norma-resultado depende, sob os influxos do neoconstitucionalismo pós-positivista, de uma estratégia de interpretação constitucional que leve em consideração os elementos fáticos do caso

¹³ A Constituição de 1988 é *híbrida*, nitidamente *compromissória* na medida em que tenta albergar, a um só tempo, as vertentes do liberalismo burguês e da social democracia. Daí a tendência de positivizar o texto constitucional de modo amplo sem maiores detalhamentos acerca das condutas necessárias para a realização dos fins pretendidos, optando-se por fórmulas abertas que projetam “estados ideais”, cuja exegese é mais complexa, na medida em que o intérprete fica obrigado a definir a ação a tomar. Em essência, a Constituição de 1988 fica dividida entre valores contrapostos (axiologicamente fragmentada), ou seja, de um lado, os direitos sociais pressionando por ações estatais positivas superadoras da reserva do possível e, do outro, as liberdades privadas requerendo estatalidade mínima ou negativa.

¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968, p. 502.

concreto (fatos portadores de juridicidade). Em sentido metafórico, a letra da Constituição é a trilha, mas, nunca o trilho do processo de tomada de decisões do magistrado ou exegeta constitucional. Na verdade, o texto constitucional é aquela pequena parte visível do imenso *iceberg normativo* (Friedrich Müller), cabendo ao exegeta descobrir sua parte oculta – a maior delas – mediante emprego de uma das estratégias que lhe são postas à disposição pela moderna teoria hermenêutica da norma jurídica.

Assim o magistrado tem a tarefa de identificar a retitude material do texto da lei a partir de criteriosa seleção dos fatos reais do caso concreto que incidem sobre ela no plano preliminar de significação. Precisa ter plena consciência de que a dimensão retórica de sua norma-decisão é parte integrante da normatividade do direito e por isso mesmo suscetível de controle intersubjetivo por parte de comunidade aberta de interpretes da Constituição.

O giro hermenêutico da reconstrução pós-positivista materializa-se nesse sentido, no qual a normatividade do direito passa a ser função de uma atividade exegetica concebida a partir de um núcleo de racionalidade discursiva que distribui justiça no caso concreto em detrimento da ideia de certeza jurídica máxima. As soluções obtidas no plano concreto de significação não ficam coarctadas à validade meramente formal, típica do legalismo jurídico, porque inepta a interligar direito e ética. Ao revés, a norma-decisão deve ser fruto da incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre o texto da norma, cujo resultado é o acionamento dos princípios reitores da ordem constitucional que justificarão a decisão judicial.¹⁵ E mais: a própria normatividade do direito depende diretamente do maior ou menor grau de aceitabilidade do ato decisional e da capacidade do decisor de esgrimir os elementos factuais que recaem sobre o texto da Constituição.

Com isso, amplia-se o horizonte da teoria da eficácia constitucional e em seu bojo a perspectiva de se atribuir cientificamente normatividade a princípios jurídicos abertos, seguindo um novo padrão exegetico estribado na dimensão retórica das decisões judiciais. O espírito científico da reconstrução pós-positivista do direito é

¹⁵ Com rigor, os fatos portadores de juridicidade são influxos dos elementos factuais do caso concreto sobre o conjunto completo do corpo normativo dado de uma determinada Constituição. Ou seja, simbolizam os eventos do mundo dos fatos que incidem sobre os elementos semânticos dos textos positivados da Constituição e cujo resultado é a superação de contradições aparentes entre normas constitucionais de mesma hierarquia.

modelagem hermenêutica de incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre o texto das normas constitucionais.

Esta é a razão pela qual em seguida busca-se delinear uma estratégia de interpretação constitucional compatível com as grandes correntes do pensamento pós-positivista e, em especial, apresentar a estrutura normativa tridimensional das normas constitucionais.

3 Por uma teoria normativa tridimensional da eficácia das normas constitucionais

Nesse “admirável mundo novo da dogmática pós-positiva”, o aperfeiçoamento de estratégias hermenêuticas com aptidão para descrever o conteúdo total das normas constitucionais é fundamental. Trata-se, pois, de estabelecer uma teorização compatível com as noções de núcleo essencial, ponderação de valores em casos de colisão de normas constitucionais e limites epistêmicos da criação jurisprudencial do direito, temas candentes do direito constitucional contemporâneo.

Assim, um bom começo para a sistematização de uma nova estratégia hermenêutica é a análise da já tradicional estrutura dual, cuja composição comporta o núcleo essencial e a reserva de ponderação (não-essencial) submetida ao princípio da proporcionalidade. De fato, a identificação de um núcleo essencial das normas constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais, já é tema consagrado e diversas Constituições o consagraram expressamente, como, por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978.¹⁶

A teorização do núcleo essencial é feita a partir da formulação de duas teorias principais, a saber: a teoria absoluta e a teoria relativa. Pela primeira, o núcleo essencial de um determinado direito corresponde a um conteúdo normativo inexpugnável, que não pode sofrer restrição, o que significa dizer que independe de um processo de ponderação. Já a teoria relativa advoga a tese de que o conteúdo essencial de um

¹⁶ Na doutrina pátria, Ana Paula de Barcellos destaca que, para além da Constituição Alemã (art. 19, II), Constituição Portuguesa (art.18º, nº. 3) e da Constituição Espanhola (art. 53, nº 1), já citadas anteriormente, uma série de outros ordenamentos estrangeiros que vai desde a Declaração de Direitos da África do Sul até a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, perpassando pela Constituição do Timor Leste, em nítida demonstração de que a idéia de núcleo essencial já é reconhecida não só no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também no direito constitucional positivo de vários países do mundo. Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p.140.

determinado direito constitucional só pode ser delineado a partir de um processo de ponderação em um determinado caso concreto.

No dizer de Juan Cianciardo, “O **conteúdo essencial** é apenas uma parte do direito fundamental, o seu núcleo duro. Cada direito fundamental tem um setor aferível pelo legislador e outro imune a sua atuação. Há, portanto, um conteúdo essencial e outro não-essencial”. Assim, para o autor, o **conteúdo total** de um direito fundamental seria integrado por *dois círculos concêntricos*, compostos por diferentes faculdades e posições jurídicas que, em relação à própria identificação do direito fundamental, ganham intensidade, particularidade e relevância, na medida em que se aproximam do centro.¹⁷

É bem de ver, pois, que a estrutura dual das normas constitucionais projeta a imagem de dois círculos concêntricos: um círculo interno em conexão direta com o “princípio da proteção do núcleo essencial” e um círculo externo interligado ao princípio da proporcionalidade.¹⁸

Tais círculos compõem conjuntamente o conteúdo total das normas constitucionais. Ou seja, uma norma constitucional, em sua totalidade, é composta de um círculo central garantidor do seu conteúdo jurídico essencial e de um círculo externo de conteúdo não-essencial (denominado de círculo de conteúdo inicialmente protegido), cuja garantia fica na dependência do princípio da proporcionalidade (*teste del principio de proporcionalidad*). Nesse mesmo sentido, o pensamento de Ana Paula de Barcellos que também traz a ideia de estrutura normativa dual, composta de dois círculos concêntricos, sendo o círculo interior ocupado por condutas mínimas e diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário e o círculo exterior a ser preenchido pela deliberação democrática.¹⁹

¹⁷ CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp.258-259.

¹⁸ Na mesma direção dogmática, Medida Guerrero:(...) o conteúdo total (o **conteúdo constitucionalmente protegido**) de um direito fundamental se estrutura em duas zonas: uma central, absolutamente intangível para o legislador (o conteúdo essencial); e outra externa, que denominamos “**conteúdo inicialmente protegido**”, dado que seus integrantes com caráter claudicante podem ser sacrificados pelo legislador com o objetivo de preservar outros direitos e bens constitucionais sempre que o limite seja considerado proporcional. (tradução e negritos nossos). Cf. GUERRERO, M. Medina. *La vinculación negativa a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 168-169.

¹⁹ Os princípios em questão operam na realidade de duas formas distintas: relativamente ao seu núcleo, funcionam como regras e, apenas em relação a sua área não nuclear, funcionam como princípios propriamente ditos. O círculo interior corresponderá (...) a um núcleo de efeitos que acabam tornando-se determinados por decorrerem de forma inafastável do seu sentido e, conseqüentemente, adquirem a natureza de regra. Isto é: cuida-se de um conjunto mínimo de efeitos determinados (e a partir deles as condutas necessárias e exigíveis deverão ser construídas) contidos no princípio. Ainda que haja disputa sobre a existência de outros efeitos a partir desse núcleo, a idéia é a de que quanto a estes haverá

Em decorrência, é lícito afirmar que a estrutura normativa dual já é uma realidade da dogmática constitucional contemporânea, que consolidou a existência de dois grandes espectros normativos relacionados ao conteúdo total das normas constitucionais (uma parte nuclear e uma parte ponderável).

Portanto, não se pode negar a ideia de que existem dois grandes espaços normativos que conformam o conteúdo total das normas constitucionais: um círculo interno sob a égide do princípio da proteção do núcleo essencial,²⁰ que demarca seu conteúdo jurídico mínimo e, uma zona externa de ponderabilidade, que fixa a possibilidade de colisão com outras normas constitucionais de mesma hierarquia.

Na verdade, a estrutura normativa dual ainda não representa, com total fidelidade, a dogmática pós-positivista. Nossa proposição é no sentido de que a nova estratégia hermenêutica necessita impor limites exegéticos ao ativismo judicial, notadamente na segunda região normativa de ponderação de valores. É por isso que propomos a divisão tridimensional da estrutura normativa das normas constitucionais, acrescentando-se uma terceira região normativa, que talvez fosse apropriado denominar de **parte metajurisdicional**.

Trata-se de um espaço normativo que impõe limites exegéticos ao ativismo judicial, na medida em que se cria um espaço dentro do qual o intérprete da Constituição vai reconhecer o poder discricionário do legislador/administrador democráticos. É uma área de eficácia negativa que apresenta caráter meramente declaratório. De observar-se, por conseguinte, que a parte metajurisdicional não consegue superar o déficit democrático do Poder Judiciário, ou seja, o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo sob pena de violar o princípio da separação de poderes e da regra majoritária.

consenso. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática; esta é que definirá o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo. Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, pp. 179-180.

²⁰ Temos a firme convicção de que o **princípio da proteção do núcleo essencial** é um verdadeiro princípio constitucional brasileiro, insculpido em roupagem implícita, tal qual prevista no art. 5, §2º da Constituição Federal. No dizer do eminente Ministro Gilmar Mendes um verdadeiro *postulado constitucional imanente, verbis*: “...embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental. (...) De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto **postulado constitucional imanente**, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. Texto retirado de seu lapidar voto-vista no julgamento do HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL de 17/5/2005 da Segunda Turma do STF, cujo RELATOR foi o Ministro Carlos Velloso.

Em consequência, o espaço normativo metajurisdicional significa que o juiz reconheceu sua inaptidão para criar direito, respeitando limites exegéticos. É por isso que o *domínio eficaz metajurisdicional* fica situado no plano da validade jurídica e, não, no plano da efetividade ou eficácia social (eficácia positiva ou simétrica).

Em nome do princípio da separação de poderes, a norma-decisão se limita a declarar a inconstitucionalidade por omissão nas hipóteses de inação do legislador ordinário, ou, então, declarar a inconstitucionalidade dos atos infraconstitucionais comissivos. Note-se, portanto, que ao optar pela *norma de eficácia metajurisdicional* como produto final do seu processo de exegese, o juiz reconheceu a impossibilidade de superar a *dificuldade contramajoritária* (Alexander Bickel).²¹

Destarte, a eficácia metajurisdicional projeta a imagem de que a norma-decisão mantém o direito constitucional *inconcretizado*, muito embora já se encontre no plano *all things considered* de significação. Ou seja, levando em consideração todas as circunstâncias fáticas do caso concreto (fatos portadores de juridicidade), o juiz traz sua decisão para o espectro normativo metajurisdicional, atribuindo valor meramente declaratório à sua norma-decisão, sem penetrar na esfera de discricionariedade do Legislativo e do Executivo.²²

É bem de ver, por conseguinte, que a eficácia metajurisdicional é tema de fundamental importância na depuração técnica da reconstrução pós-positivista do direito. Sem dúvida, é a ideia de eficácia metajurisdicional que induzirá a autocontenção judicial, em prol da separação de poderes. O excesso de ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é um desserviço ao Estado Democrático de Direito porque faz com que um poder contramajoritário formule políticas públicas no lugar do legislador democrático.

De fato, o ativismo judicial é de incontestável valor jurídico, pois evita que a norma constitucional seja esvaziada a ponto de se transformar em invólucro vazio, desprovida de eficácia, ainda que em sua essencialidade. Nesse sentido desponta a nova posição concretista do STF em sede de mandado de injunção, que cria direito na omissão inconstitucional do legislador. Com rigor, a nova posição concretista do STF é

²¹ BICKEL Alexander M. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven, Yale University Press, 1986

²² Em linhas gerais, as *normas de eficácia metajurisdicional* são as normas-decisão que declaram expressamente que a concretização da norma constitucional refoge à esfera de atuação “juscriativa” do Poder Judiciário, pois dentro deste espectro normativo não lhe é dado desenvolver o direito mediante sua prestação jurisdicional. Nesse diapasão, o significado da *eficácia metajurisdicional* corporifica a ideia de que existe uma esfera de discricionariedade reservada exclusivamente para a *interpositio legislatoris* ou para o *poder regulamentar* do administrador democrático, ou seja, a jurisdição constitucional não teria autorização para desenvolver o Direito *inabstracto*.

fundamental para a realização da Constituição. A corrente concretista abriu toda uma avenida hermenêutica, que certamente faz avançar a teoria da eficácia constitucional porque garante a realização da Constituição sem a necessidade de intervenção do legislador democrático.

Não poderia o STF continuar escolhendo o espaço metajurisdicional, deixando de realizar a Constituição em nome do princípio da separação de poderes. Nesse passo, como bem elucida Luís Roberto Barroso “as poucas situações em que o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais foram destacadas e comentadas em tom severo”.²³

Por outro lado, não se pode esquecer os limites exegéticos desse importante ativismo judicial, daí a relevância do espaço normativo metajurisdicional, cuja dinâmica hermenêutica impede o juiz de intrometer-se na esfera do processo político, agindo positivamente na discussão e na definição de políticas públicas. O domínio eficaz metajurisdicional acaba encontrando respaldo no próprio conceito do Estado Democrático de Direito, que, em essência, obstaculiza a exacerbada ascensão política do Judiciário, na medida em que a dificuldade contramajoritária se apresenta como barreira para a concretização judicial do direito *in concreto*.

Nesta região normativa, as convicções políticas do magistrado não têm o condão de suplantar as do legislador e/ou do administrador democráticos. Isto significa dizer que é imperioso compreender a ideia de que o conteúdo total das normas constitucionais se perfaz por meio de três grandes espectros normativos: uma área nuclear de conteúdo jurídico mínimo da norma constitucional, uma área de ponderação de valores com outras normas constitucionais e uma área metajurisdicional de reconhecimento ao poder discricionário do legislador democrático.

Logicamente que esta é uma possível **estratégia de interpretação constitucional pós-positivista** - dentre muitas outras - mas, que, no entanto, tem o

²³ Cf. “A doutrina brasileira da efetividade”. In: *Temas de direito constitucional. Tomo III*, p.77. E exemplifica o autor com os casos referentes aos juros reais de 12% (art. 192, § 3º) e ao próprio objeto e alcance do mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Todos esses exemplos trazidos pelo Professor Barroso entremostam o erro de enquadramento da norma-decisão do STF. Em consequência, a comunidade aberta de intérpretes da Constituição não tardou a criticar o equívoco cometido pelo STF ao optar pela aplicação da eficácia metajurisdicional, desprestigiando uma possível e pertinente solução pautada na aplicação da eficácia nuclear. Enfim, com a ajuda desses exemplos, fica evidente o erro hermenêutico do STF quando deixava de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais, deslocando sua norma-decisão de uma zona de certeza jurídica (eficácia nuclear) para uma zona de discricionariedade do legislador democrático (eficácia metajurisdicional).

mérito de agrupar, sob uma única estrutura normativa tridimensional, todo o conteúdo das normas constitucionais, ou seja, seu núcleo essencial, sua parte ponderável e agora sua parte metajurisdicional. Com isso, é possível iluminar todos os caminhos hermenêuticos que se disponibiliza ao decisor (interprete ou juiz) na solução *in concreto* dos problemas constitucionais contemporâneos.

Por outras palavras, qualquer que seja a situação real vivenciada pelo dador da norma-decisão (juiz ou intérprete), três soluções hermenêuticas possíveis se lhe apresentam no plano concreto de significação:

a) enquadrar sua norma-decisão no **domínio eficaz nuclear**, garantindo uma posição jusfundamental individual em sua essencialidade mínima, independentemente de qualquer processo de ponderação de valores ou de interposição legislativa superveniente;

b) enquadrar sua norma-decisão no **domínio eficaz ponderativo**, após identificar um conflito com outras normas constitucionais e, a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto (fatos portadores de juridicidade), aplicar o princípio da proporcionalidade na aferição de peso relativo das normas em colisão;

c) enquadrar sua norma-decisão no **domínio eficaz metajurisdicional**, de valor meramente declaratório, reconhecendo o espaço de deliberação do legislador democrático em nome do princípio da separação de poderes.

Em linhas gerais, a teorização desta estrutura normativa tridimensional com espectros normativos bem característicos e abertos às principais correntes da moderna teoria discursiva do direito torna-se relevante para o avanço da teoria da eficácia constitucional. Trata-se de uma construção hermenêutica com idoneidade epistemológica para representar, agora, sim, o conteúdo total de uma norma constitucional.

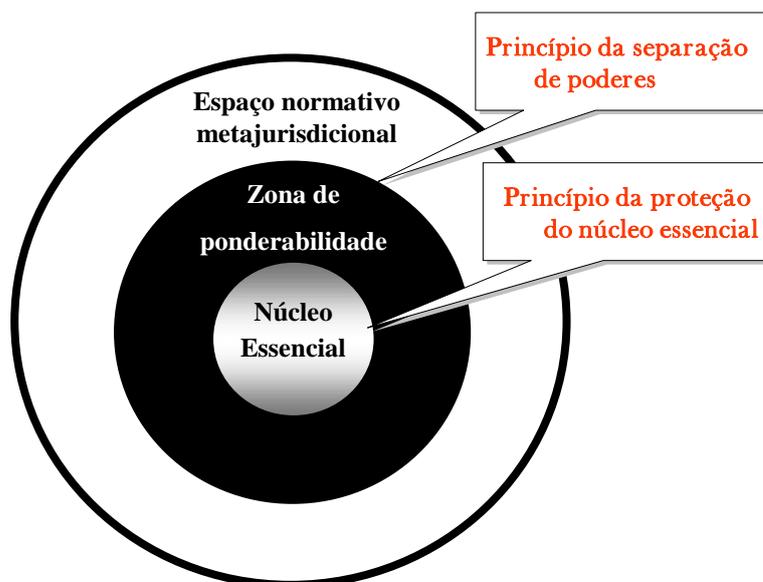
Representa, indubitavelmente, um novo instrumento da teoria da eficácia constitucional, cujo paradigma exegético é capaz de lidar com as exigências cada vez mais complexas da reconstrução pós-positivista do direito, desde o delineamento do núcleo essencial até a delicada questão da atividade juscriativa do magistrado na esfera discricionária das políticas públicas, perpassando antes pela ponderação de valores nas tensões de enunciados normativos de mesma dignidade constitucional.

E mais: do ponto de vista exegético, uma das características mais marcantes deste paradigma tridimensional é a visibilidade que empresta para o controle

intersubjetivo das decisões judiciais por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Com tais considerações feitas, apresentamos a figura abaixo que mostra, em visão panorâmica, a teorização desta estrutura normativa tridimensional.

PARADIGMA DA TRÍADE ESPECTRAL



Enfim, temos a firme convicção de que o grande desafio do jurista do século XXI é exatamente o de fixar estratégias de interpretação constitucional que sirvam efetivamente de supedâneo ao processo decisório do juiz.

Seu grande dilema será sempre o enquadramento de sua norma-decisão: núcleo essencial, zona de ponderação ou espaço normativo metajurisdicional. Ao decisor judicial já não lhe é mais dado aplicar mecanicamente o texto da lei, vez que plenamente consciente de que a comunidade aberta de intérpretes da Constituição restará sempre vigilante no enquadramento da norma no plano concreto de significação, emprestando-lhe repúdio ou aceitação de acordo com sua própria consciência epistemológica e na medida exata da conexão que faz entre ética e direito.

4 Conclusão

Este artigo procurou traçar linhas gerais de uma nova estratégia hermenêutica capaz de fazer avançar a teoria da eficácia constitucional sem descurar da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito.

Em essência, a consciência epistemológica da sociedade aberta de intérpretes da Constituição é a base de nova estratégia e serve como elemento de legitimidade das decisões judiciais no plano concreto de significação; não há falar em normas constitucionais com sentido inequívoco, absolutas, válidas para todas as situações do mundo dos fatos. Ao revés, é o decisor judicial que a partir de uma determinada estratégia de interpretação constitucional e com base nos fatos portadores de juridicidade vai captar o sentido e o alcance das normas abstratamente postas pelo legislador democrático.

E conforme vimos, as *possibilidades interpretativas* podem ser agrupadas sob um paradigma exegético único, tridimensional, com latitude hermenêutica suficiente para dar conta dos temas mais sensíveis da dogmática contemporânea: a complexa teorização do núcleo essencial, as técnicas de ponderação de valores de normas constitucionais, até, finalmente, se alcançar a temática da separação de poderes e seu entorno hermenêutico mais complicado que envolve a invasão do poder judiciário sobre a esfera de discricionariedade do legislador/administrador democrático na formulação de políticas públicas.

Dentro deste espírito científico, apresentou-se o modelo da tríade espectral, cuja arquitetura conceitual permite ao intérprete justificar racionalmente sua norma-decisão. Lado a lado com a dogmática jurídica tradicional, a estrutura normativa tridimensional fixa posições dogmáticas claras que orientam o decisor no ato de transformar texto da norma (plano abstrato preliminar) em norma concretizada (plano concreto de significação).

E assim é que para “**realizar a Constituição**” o exegeta constitucional pode:

a) aplicar a *eficácia nuclear* para garantir o conteúdo mínimo da norma constitucional apenas com base no seu próprio texto normativo, sem necessidade de ponderação e nem de interposição legislativa superveniente;

b) aplicar a *eficácia ponderável* para garantir a realização da norma constitucional após a ponderação de valores.

Já na sua tarefa de “**guardar a Constituição**” o intérprete pode aplicar a *eficácia metajurisdicional* reconhecendo sua inaptidão para realizar a norma constitucional.

É tempo de concluir, sem deixar, entretanto, de chamar mais uma vez a atenção do leitor para a relevância da estrutura normativa tridimensional para a teoria da eficácia constitucional. Nesta nova era jurídica de hegemonia axiológica dos princípios, onde a dignidade da pessoa humana se projeta como vetor exegético sobre toda a ordem jurídica nacional, urge, pois, superar a predominância cêntrica da norma posta e a crença de completude do direito.

Em tempos de reconstrução pós-positivista do direito, a tríade normativa tem o grande mérito de permitir o controle intersubjetivo das decisões judiciais, na medida em que se pauta na retitude material das normas já concretizadas no plano concreto de significação.

5 REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Jus Navigandi, Rio de Janeiro. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 06 de março de 2006.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil. Anotada e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y Constitución”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10^a ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1997.

_____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden, 1993.

BONAVIDES, Paulo. “Os direitos fundamentais e a Globalização”. In: LEITE, George Salomão (organizador). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Do estado liberal ao estado social*, 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2^a ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente. In: Mercosul, integração regional e globalização. CASELLA, Paulo Borba (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2000.

_____. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, nº 108, 2003.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo, Editora Landy, 2ª ed., 2004.

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

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

_____. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*, 1994.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales e desarrollo legislativo – La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GUERRERO, M. Medina. *La vinculación negativa a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.

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

_____. *Sistemas sociais. Lineamentos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. “Notas sobre direito, argumentação e democracia”, In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (organizadora). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Instituto de Derechos Humanos "Bartilomé de las Casas", Spain: Ed. Dykinson, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais, pp. 205 a 236, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da constituição dirigente*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010,

PECZENIK, Aleksander. *On law and reasons*. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamntal nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chäim & OLBRECHTS-TYTECA, L. *The new rhetoric: a treatise on argumentation*. Trad. John Wilkinson e Purcell Weaver. Londres: University of Notre Dame Press, 1971.

PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica. Nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
_____. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANCHIS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social-(pós-modernidade constitucional?). In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). *Crises e desafios da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 2002., p.414.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (organizadores). *Arquivos de direitos humanos*, vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. “A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade”. In: TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legitimação dos direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, in *Teoria dos direitos fundamentais* (Org. Ricardo Lobo Torres) 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*. USA: BasicBooks, 1983.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, [s.d.].