

CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA: APROXIMAÇÕES ENTRE FERRAJOLI E ZAGREBELSKY

GUARANTEEISM X PRINCIPLE CONSTITUTIONALISM: APPROACHES BETWEEN FERRAJOLI AND ZAGREBELSKY

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori¹

Isadora Ferreira Neves²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações sobre o Constitucionalismo principialista e o Constitucionalismo garantista a partir da perspectiva de Luigi Ferrajoli 2.1. A compreensão de Ferrajoli dos direitos fundamentais 3. O direito dúctil: regras, princípios e ponderação na obra de Zagrebelsky 3.1 A ductilidade constitucional 3.2 A diferenciação estrutural entre regras e princípios 3.3 A ponderação e a discricionariedade judicial na teoria de Zagrebelsky 4. Considerações finais: superar ou aprimorar o positivismo? Referências

RESUMO: Com o objetivo de confrontar as teorias de Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky, o presente trabalho começa por uma distinção entre o Constitucionalismo principialista e o Constitucionalismo garantista. Apresenta, em relação ao Constitucionalismo principialista ou anti-positivista, os pontos que sofrem a crítica de Ferrajoli: a aproximação entre direito e moral, a diferenciação qualitativa entre regras e princípios e o papel da ponderação como solução dos conflitos entre princípios jurídicos, ressaltando o papel dos direitos fundamentais para Ferrajoli. Posteriormente, é apresentada a contribuição de Gustavo Zagrebelsky, abordando o seu conceito de ductilidade constitucional, a distinção estrutural entre regras e princípios e o papel da ponderação e da discricionariedade judicial. Por fim, são feitas algumas considerações relativas à oposição entre as duas teorias, apontando as suas contribuições para a reflexão a respeito da superação ou do aprimoramento do positivismo jurídico para o sistema jurídico brasileiro.

ABSTRACT: In order to confront the theories of Luigi Ferrajoli and Gustavo Zagrebelsky, this paper begins with a distinction between guaranteeism and principle constitutionalism. Displays, about principle constitutionalism or anti positivist, the points that suffer Ferrajoli's criticism: a rapprochement between law and morality, the qualitative distinction between rules and principles and the role of a solution to conflicts between legal principles, emphasizing the role of fundamental rights to Ferrajoli's theory. Later, is presented Zagrebelsky's contribution, addressing his constitutional concept of ductility, the structural distinction between rules and principles and the role of judicial discretion and consideration. Finally, some considerations are made concerning the opposition between the two theories, pointing out their contributions to the debate about the overcoming or the improvement of legal positivism to the Brazilian legal system.

¹ Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (RS) , Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). EMAIL: dcademartori@unisinós.br

² Mestranda em Direito Público pela UNISINOS, Especialista em Direito Público pela FAINOR, Graduada em Direito pela UESC, Servidora do Ministério Público do Estado da Bahia. EMAIL: isadoraneves@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo, garantismo, ductilidade constitucional, positivismo jurídico.

KEYWORDS: constitutionalism, guaranteeism, constitutional ductility, legal positivism.

1. Introdução

O presente trabalho objetiva verificar um possível embate entre as contribuições de Luigi Ferrajoli e de Gustavo Zagrebelsky para a teoria do direito, como ponto de partida para o questionamento da superação do paradigma do positivismo jurídico. Afinal, há realmente que se rechaçar todos os caracteres do positivismo jurídico da teoria do direito atual, ou uma complementação/aprimoramento do positivismo se mostraria mais adequado para a transposição dos desafios do moderno Constitucionalismo?

Para tanto, se observa uma abordagem geral das considerações feitas por Luigi Ferrajoli aos componentes atuais do Constitucionalismo, diferenciado pelo autor em Constitucionalismo garantista e Constitucionalismo principialista, correntes estas que são, em geral, indevidamente associadas de forma automática às noções de “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”.

A partir daí, passa-se ao estabelecimento dos principais aspectos da teoria de Gustavo Zagrebelsky, do seu conceito de ductilidade constitucional e da separação estrutural feita por ele entre regras e princípios, para o entendimento da proposta teórica feita pelo autor, relativa à interpretação e aplicação do direito.

Parte-se dos principais pontos criticados por Ferrajoli ao por ele denominado Constitucionalismo principialista, quais sejam a inadequada aproximação entre direito e moral, a diferenciação estrutural entre regras e princípios, e a elevação do procedimento de ponderação como uma alternativa de solução dos “conflitos” ou “colisões” entre princípios constitucionais (e em especial aqueles que envolvem direitos fundamentais).

As considerações feitas por Ferrajoli envolvem, no entanto, todos aqueles autores que defendem os pontos arrolados acima, bem como aqueles que buscam a superação da rigidez hermenêutica apresentada pelo positivismo, corrente comumente denominada “neoconstitucionalista”, na qual se enquadram autores como Zagrebelsky, Dworkin, Atienza, e principalmente Robert Alexy.

Intenta-se, nesse sentido, o confronto entre as colocações de Ferrajoli e de Zagrebelsky a partir das considerações feitas pelo próprio Ferrajoli ao Constitucionalismo

princípioalista, corrente a qual se filia o autor de “*El derecho dúctil*”, para que se proponha uma reflexão a respeito do positivismo jurídico e da interpretação e aplicação do direito no Constitucionalismo atual.

2. Considerações sobre o Constitucionalismo princípioalista e o Constitucionalismo garantista a partir da perspectiva de Luigi Ferrajoli

Uma característica comum às diversas concepções de Constituição e de Constitucionalismo (aqui entendido como o Constitucionalismo rígido das hodiernas democracias constitucionais, independente da sua concepção filosófica) consiste no ideal de submissão dos poderes públicos, incluindo o Poder Legislativo, às normas consideradas superiores, como é o caso das normas que definem direitos fundamentais.

A característica essencial do Constitucionalismo pauta-se na existência de uma normatividade posta, superior à legislação ordinária, sendo diversificadas as técnicas utilizadas para assegurar esta superioridade. Nesse sentido, há o modelo estadunidense de controle difuso, cujas origens remetem à estrutura federalista dos Estados Unidos, que leva à não aplicação das leis constitucionalmente inválidas, bem como o modelo europeu de controle concentrado, concebido em oposição aos regimes totalitários, que acarreta a anulação das leis que estejam em desacordo com a Constituição.

No que concerne à teoria do direito, o Constitucionalismo se refere à conformidade da produção normativa com os procedimentos formais para sua elaboração, e também, especialmente, à pertinência material dessas normas com os princípios constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2012, p. 13).

No contexto da teoria de Luigi Ferrajoli (2012, p. 13-56) pode ser compreendido como um fenômeno complexo, que se ramifica em dois aspectos: de um lado aqueles posicionamentos que objetivam uma superação “jusnaturalista” do positivismo jurídico, e de outro as correntes doutrinárias que visam uma complementação ao positivismo exegético.

Lembre-se que, este jurista italiano (2012, p. 13-14), apesar de mencionar a divisão bobbiana do positivismo jurídico enquanto método, teoria e ideologia³, entende-se o

³ Em nota Ferrajoli esclarece sua posição em relação à classificação bobbiana. Ela, “Precisamente: (a) corresponde apenas parcialmente à noção do positivismo como ‘metodologia do estudo do direito’, com a qual tem em comum a tese de que o jurista deve se ocupar somente do ‘direito tal qual ele é’, e não do ‘direito tal qual ele deve ser’ moral e politicamente, mas da qual se distancia porque exige também o estudo do ‘direito tal qual ele deve ser’ juridicamente e que, da mesma forma, nos atuais ordenamentos marcados por constituições rígidas, faz parte do ‘direito tal qual ele é’; (b) não corresponde, inteiramente à noção de ‘positivismo jurídico’ como

positivismo jurídico como “uma concepção e/ou modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça.”

Dessa forma, o autor separa o atual Constitucionalismo em Constitucionalismo juspositivista (normativo, garantista) e Constitucionalismo antijuspositivista (jusnaturalista, argumentativo ou principialista). Ressalta, contudo, que os adeptos da concepção principialista não se percebem como jusnaturalistas, se declarando, sobretudo, pós-positivistas.

O que aproxima todos os autores da segunda concepção de Constitucionalismo é a configuração como princípios ético-políticos de grande parte das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, e a adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras, sendo os primeiros, objeto de ponderação e as segundas de aplicação mediante subsunção (FERRAJOLI, 2012, p. 17).

Já segundo a definição do Constitucionalismo garantista, da qual é adepto Ferrajoli, o Constitucionalismo é um sistema jurídico (ou uma teoria do direito) que prevê como vinculante e inderrogável a submissão a normas constitucionais relativas aos procedimentos e conteúdos compatíveis com a Constituição, inclusive para a produção legislativa, cuja violação gera antinomias (por comissão) ou lacunas (por omissão).

Por outro lado, o Constitucionalismo principialista é tido como “não juspositivista”, de forma que, para esta corrente doutrinária, o Constitucionalismo envolveria a superação e até mesmo a negação do positivismo jurídico, tido como inadequado às demandas das atuais democracias constitucionais.

Para o Constitucionalismo principialista, argumentativo, de marcante matriz anglossaxônica, a moral, que para o positivismo era vista como uma dimensão externa ao direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno. Segundo essa corrente, ainda, os princípios jurídicos são valores que são respeitados em maior ou em menor grau e, por isso,

‘teoria’, que descreve o ‘direito como fato’, isto é, como o conjunto de regras ‘postas direta ou indiretamente pelos órgãos do Estado’, mas da qual se afasta na medida em que, hoje, não se pode admitir, após o fim do monopólio estatal da produção jurídica, a sua ‘comum identificação [...] como a teoria estatista do direito’; (c) por fim, não corresponde, de maneira alguma, ao terceiro significado apresentado por Bobbio, isto é, aquele do positivismo jurídico como ‘ideologia’, segundo o qual o direito existente, somente porque tal, é também ‘justo’. Tal concepção, na realidade, não é juspositivista, estando em contraste com as duas primeiras, e nunca foi sustentada, mas sim duramente rejeitada por todos os clássicos do positivismo jurídico: por Bentham, por Austin, por Kelsen, por Hart e pelo próprio Bobbio.”(FERRAJOLI, 2012, p. 14) Sobre a classificação de Bobbio, vide BOBBIO, Norberto. O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Compiladas pelo Dr. Nelson Morra. Tradução de Marcio Publiesi et al. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.

são suscetíveis de ponderação ou balanceamento, eis que podem se encontrar, entre eles, virtualmente em conflito.

Este Constitucionalismo principialista é marcado nesse sentido, principalmente pelo embate com o positivismo jurídico e à sua tese de distinção entre direito e moral; bem como pelo papel central atribuído à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos são princípios que podem entrar em conflito, sendo este conflito resolvido por ponderação e não por subsunção.

É também um traço distintivo da referida doutrina a visão do direito como uma prática confiada à atividade judicial. O direito, nesse sentido, é o que dizem os tribunais e os “operadores jurídicos” (expressão esta que guarda a intrínseca incongruência de tratar o direito como um instrumento), consistindo nas suas práticas interpretativas e argumentativas.

Em oposição, o garantismo jurídico (Constitucionalismo garantista) não propõe uma superação, e sim um reforço do positivismo jurídico. Esta última teoria é o resultado de uma mudança de paradigma do tradicional juspositivismo, observada com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também materiais (substanciais) de direito positivo⁴.

O autor aponta, nesse sentido, a conexão entre democracia e positivismo jurídico que se aperfeiçoa com a democracia constitucional. Para ele, apenas a disciplina positiva da produção jurídica está apta a democratizar a forma e o conteúdo da produção de normas jurídicas.

Como filosofia e como teoria política, o Constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma de direito ora ilustrado (FERRAJOLI, 2012, p. 25).

Esta teoria, entretanto, não comporta em nenhuma de suas dimensões a conexão entre direito e moral. A separação (entre direito e moral) é, portanto, uma consequência do princípio da legalidade, a fim de que se garanta que a atividade jurisdicional seja submetida única e exclusivamente à lei.

⁴ Nas palavras de Ferrajoli: [...] o constitucionalismo jurídico excluiu a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria. Graças a isso, a legalidade não é mais- como no velho modelo paleopositivista- somente ‘condicionante’ da validade das normas infralegais, mas é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. Todo o direito se configura, desta maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as formas, como ocorria no velho paradigma formalista do paleopositivismo, mas também os conteúdos, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional. (FERRAJOLI, 2012, p. 23)

A distinção entre direito e moral envolve, ainda, uma limitação à figura dos juízes, repelindo arbitrariedades derivadas de juízos morais. Equivale, ainda, a uma limitação às atividades do Poder Legislativo, repelindo que este se imiscua na vida moral dos cidadãos.

Em suma, o Constitucionalismo garantista é marcado por uma renovação do paradigma positivista sobre o direito e a democracia, que completa o modelo tradicional de positivismo jurídico (chamado por Ferrajoli de “paleo-jus-positivista”), como um sistema de limitações e vinculações materiais à normatividade positiva.

Em virtude do Constitucionalismo garantista, os princípios de cunho político e ético que consubstanciavam o direito natural foram positivados, transmutando-se em princípios jurídicos que não consistem mais em fontes externas ao sistema jurídico, e sim como uma forma de legitimação interna ao ordenamento jurídico, integradores do Estado Constitucional ou Estado de Direito (FERRAJOLI, 2012, p. 25-26).

Sendo assim, para Ferrajoli (2012, p. 27), os principais pontos de diferenciação entre o Constitucionalismo não-positivista (princípioalista) e o Constitucionalismo garantista são: a) a conexão entre direito e moral; b) a distinção qualitativa e contraposta entre princípios e regras; c) a função da ponderação como oposição à subsunção na prática jurisdicional.

Em relação aos aspectos acima apontados, o autor aponta os riscos a eles correlatos, tais como: o cognitivismo ético (espécie de dogmatismo moral conexo ao Constitucionalismo)⁵, o enfraquecimento da hierarquia das fontes e conseqüentemente da normatividade constitucional bem como a questão do ativismo judicial e os problemas que este provoca quanto à submissão dos juízes à legalidade, colocando em risco a própria certeza do direito.

É relevante ressaltar, todavia, que Ferrajoli aceita uma margem de indeterminação concernente à linguagem legal que implica uma margem de “discrecionalidade interpretativa”, em que “o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral” (FERRAJOLI, 2012, p. 27).

É, portanto, insustentável na visão de Ferrajoli (2012, p. 29) a derivação da tese de uma "conexão conceitual" entre direito e moral a partir da óbvia circunstância de que as leis e

⁵ “A tese de que todo ordenamento jurídico satisfaz, objetivamente, alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético” - de maneira que direito e moral estariam conexos, e a justiça, mesmo que em mínima medida, seria um elemento necessário do direito e uma condição de validade das normas jurídicas- significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista.” (FERRAJOLI, 2012, p. 31)

as Constituições incorporam "valores". Isto implicaria um "absolutismo moral"⁶ composto pela intolerância às opiniões dissidentes. Em todo caso, lembra que o Constitucionalismo principialista (ou argumentativo) comporta uma concepção objetivista da moral.

É com base nos direitos fundamentais e não na conexão entre direito e moral que, para Ferrajoli (2012, p. 23), se fundamenta a dimensão substancial da democracia constitucional, direitos estes que são direitos de todos, e condicionam a validade substancial e a coerência do direito positivo, como será tratado no tópico a seguir.

2.1. A compreensão de Ferrajoli dos direitos fundamentais

Para tratar da compreensão de Ferrajoli dos direitos fundamentais será utilizada a obra de Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 3-18), que abordou o assunto da influência da teoria garantista para um controle de constitucionalidade material tendo como referência os direitos fundamentais. A obra destaca a importância da Constituição e também dos Direitos Humanos⁷ tanto no que se refere aos princípios – explícitos ou implícitos – como no que se refere às regras, formadores de uma sujeição desde o ponto de vista do juiz até o ponto de vista de um controle normativo material e não apenas formal,

⁶ “[...] se uma tese moral é ‘verdadeira’, então não é aceitável que não seja por todos compartilhada e, provavelmente, não seja a todos imposta na forma de direito, do mesmo modo como não é aceitável que alguém não compartilhe que $2 + 2 = 4$.” (FERRAJOLI, 2012, P. 30)

⁷ A classificação elaborada por Ferrajoli dos direitos fundamentais inicia pela ideia de direitos subjetivos, aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fato. No momento seguinte, Ferrajoli define direito subjetivo como as expectativas positivas (de prestações) ou negativas (de não sofrer lesões) atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica. Na sequência, esclarece que status é a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são o exercício das mesmas. Finalmente, a universalidade é relativa à classe dos sujeitos a quem sua titularidade está normativamente reconhecida. Desse modo, passa a estabelecer uma categorização dos direitos fundamentais com base nos critérios de cidadania e capacidade de fato. Estabelece então uma divisão inicial em quatro tipos de direitos, quais sejam: **(1) direitos da personalidade**: os que correspondem a todas as pessoas, sem distinção; **(2) direitos de cidadania**: os atribuídos pelas normas jurídicas de cada ordenamento somente aos cidadãos; **(3) direitos primários ou substanciais**: os que são deferidos a todas as pessoas, independentemente de sua capacidade de exercício; e **(4) direitos secundários ou instrumentais**: os conferidos apenas às pessoas com capacidade de fato. O cruzamento dos critérios gera quatro classes de direitos: **(1) direitos humanos**: direitos substanciais das pessoas concernentes a todos os seres humanos, tais como a vida, a integridade, a liberdade, o direito à saúde e a educação, as garantias penais e processuais; **(2) direitos públicos**: direitos substanciais reconhecidos somente aos cidadãos, tais como o direito ao trabalho em certos casos; **(3) direitos civis**: direitos instrumentais atribuídos a todas as pessoas com capacidade de fato, tais como o poder negocial, a liberdade contratual, a liberdade de empresa, o direito de postular em juízo e todos os potestativos em que se funda o mercado; e **(4) direitos políticos**: direitos instrumentais reservados somente aos cidadãos com capacidade de fato (votar e ser votado). Sobre o tema, vide CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da Cidadania: da comunidade ao Estado Liberal. **Revista Seqüência**, Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, ano XXVII, n. 55, p. 65-94, dezembro de 2007.

O modelo de direito preconizado pelo garantismo jurídico tem lastro no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais, com sujeição formal e material da produção e aplicação do direito aos conteúdos constitucionais.

Segundo Morais da Rosa, “[...] diante da complexidade contemporânea a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados [...]” (ROSA, 2011, p. 5).

O garantismo jurídico baseia-se, portanto, nas liberdades individuais oriundas da doutrina iluminista, com o objetivo de agregar instrumentos jurídicos para a limitação do poder soberano. Tal limitação do poder do ente estatal não se restringe ao Poder Executivo, mas abrange os demais poderes e em especial o Poder Legislativo, que no contexto da doutrina garantista está limitado e balizado em seu conteúdo por marcos materiais.

Os direitos fundamentais, nesse sentido, se situam na “esfera do indecidível”, fronteira ao avanço do Poder Legislativo (ROSA, 2011, p. 7). De acordo com a proposta garantista de definição teórica formal dos direitos fundamentais, são direitos fundamentais direitos subjetivos (constituintes de expectativa positiva ou negativa em face do Estado) de que são titulares todos os seres humanos dotados de *status* de pessoa. Esta formulação, para Ferrajoli, serve de parâmetro/critério para se aferir o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico.

A partir daí, Ferrajoli propõe quatro teses em relação aos direitos fundamentais. A primeira é a diferença estrutural entre direitos fundamentais e direitos materiais: os direitos fundamentais incluem os demais e os direitos patrimoniais excluem os demais (são exclusivos).

A segunda é a de que o respeito e a implementação dos direitos fundamentais, representam interesses e expectativas de todos e formam, assim, o parâmetro da igualdade jurídica, que justifica a aferição da democracia material.

A terceira tese é a pretensão supranacional de grande parte dos direitos fundamentais. Finalmente, a quarta se vincula à relação entre direitos e garantias: os direitos fundamentais constituem-se em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestações ou proibição de lesão – garantias primárias. A reparação ou sancionamento judicial se constituem em garantias secundárias, decorrentes da violação das garantias primárias (ROSA, 2011, p. 10). Estas quatro teses demonstram que o garantismo volta as suas atenções para a teoria geral do direito, revisando o direito positivo e a sua compreensão.

Necessário se faz o reconhecimento dos direitos fundamentais e do seu relevante papel para a efetivação substancial da democracia, ao invés da meramente formal. São os direitos fundamentais, portanto, vínculos impostos normativamente, titularizados por todos, e razão de ser do ente estatal.

Tais direitos se situam, como dito, na esfera do indecível: estão garantidos pela rigidez absoluta característica do Constitucionalismo pós-guerra, o que os protege da restrição por eventuais maiorias.

Dessa forma, os direitos fundamentais envolvem, por um lado, a imposição ao Estado de prestações positivas no campo social, e, de outro, constroem negativamente a atuação estatal, promovendo a liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, “esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional” (ROSA, 2011, p. 13).

Vale ressaltar que o garantismo jurídico ou Constitucionalismo garantista defende a valorização do conteúdo constitucional como constituinte da sociedade. Essa valorização é reconhecida através de um núcleo de direitos irredutíveis e fundamentais, estruturantes da sociedade e definidores das tarefas estatais, ou seja, delineadores dos limites materiais do Estado⁸.

Em suma, para a teoria garantista, a aplicação do direito deve ser precedida da preliminar “oxigenação constitucional de viés garantista”, para a aferição da constitucionalidade material e formal. Essa é uma das tarefas ator jurídico garantista no Estado Democrático de Direito: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais (ROSA, 2011, p. 15-16).

3. O direito dúctil: regras, princípios e ponderação na obra de Zagrebelsky

3.1. A ductilidade constitucional

Sabe-se que as grandes polêmicas do direito não permeiam os códigos, as leis ou as Constituições. As raízes das maiores certezas e crenças, assim como das maiores dúvidas que povoam o pensamento jurídico se encontram no que não está expresso ou posto, isto é, na

⁸ Nas afirmações de Alexandre Morais da Rosa: “A Constituição é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio, mas uma coalizão de vontades com conteúdo materializado pelos Direitos Fundamentais. A história do constitucionalismo é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas. Em outras palavras, a Constituição, nessa concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar.” (ROSA, 2011, p. 14-15)

ideia de direito e sim, no que está pressuposto. Como anota Zagrebelsky (2002, p. 9), a ideia é tão determinante que em algumas vezes, quanto está particularmente viva e é amplamente aceita, pode inclusive prescindir da própria coisa, como ocorre com a Constituição da Grã-Bretanha. Por isso a relevância de se discutir a ideia que se tem de direito e de Constituição, especialmente em tempos de uma sociedade complexa e pluralista.

A obra de Zagrebelsky, nesse sentido, propõe reunir uma série de elementos relativos à Constituição e às suas transformações no que hoje se denomina, especialmente pela construção da doutrina jurídica europeia, “Estado Constitucional”, terminologia muito mais rica em conteúdo do que se percebe à primeira vista.

Simplificadamente poder-se-ia dizer que a ideia de direito trazida pelo Estado Constitucional ainda não foi plenamente assimilada por grande parte dos juristas. O referido autor pretende, portanto, contribuir para as bases de uma concepção de Constituição adequada aos desafios do direito constitucional.

Nesse contexto, os velhos conceitos da tradição já não produzem significados unívocos e estáveis. Para Zagrebelsky (2002, p. 12), a característica mais marcante do direito público atual não é a manutenção das categorias tradicionais, e sim a sua perda de posição central.

Atualmente, os significados não são definidos pela soberania estatal (que assume novas e complexas configurações), não podendo ser definidos *a priori*, devendo sim ser construídos. Para o autor, se utilizando de uma imagem, o direito constitucional seria um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é a obra da Constituição como tal, mas de uma política constitucional que verse sobre as possíveis combinações desses materiais⁹.

As sociedades pluralistas atuais conduzem, nesse passo, a um relativismo, tendo em vista a diversidade de grupos sociais e de interesses envolvidos, atribuindo à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas a de realizar as suas condições de possibilidade.

Há que se substituir, portanto, a soberania estatal pela soberania constitucional, desde que não se demande como resultado a criação de um novo centro de emanção de força que assegure a unidade política estatal. Em tempos de pluralismo, para o autor, uma Constituição

⁹ No texto original: “Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales.” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 13)

democrática é apenas “um compromisso de possibilidades”, isto é, uma proposta de soluções e coexistência possíveis, e não um projeto rigidamente ordenador.

Chega-se, então, à proposta de constituições “abertas”, que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a direção política, ambas condições para uma sociedade pluralista e democrática (ZAGREBELSZY, 2002, p. 14).

Em suma, a ductilidade¹⁰ constitucional é a característica essencial do direito dos atuais Estados Constitucionais. Demanda-se, nesse sentido, que cada um dos valores e princípios consagrados na Constituição não seja assumido absolutamente, e sim mediante a sua compatibilidade com os outros valores com os quais deve conviver.

A obra “*El Derecho Dúctil*” propõe que somente sejam tomados como absolutos os metavalores imperativos do pluralismo de valores – aspecto material - e a lealdade em seu enfrentamento – aspecto formal, ou seja, imperativos de coexistência e compromisso.

A proposta de ductilidade constitucional, levando em consideração o pluralismo, é incompatível com qualquer ideia de imposição pela força, uma vez que esta imposição remete à velha concepção de soberania estatal, superada no contexto pluralista¹¹.

Nesse sentido, o autor aponta o “modo de pensar possibilista” como algo especialmente adequado ao direito do nosso tempo. Aposta no conceito de ductilidade constitucional como uma representação para uma dogmática jurídica fluida, que possa conter os elementos do direito constitucional atual, que são heterogêneos. Para ele, a dogmática constitucional deve ser tão “líquida” quanto as bases que a sustentam, não cabendo mais a formulação doutrinária de uma ciência constitucional rígida (ZAGREBELSKY, 2002, p. 17).

¹⁰ A respeito dessa palavra, optou-se por conservar a tradução de Marina Gascón (ZAGREBELSKY, 2002, p. 19, nota de rodapé n. 11) no sentido de traduzir o termo italiano *mitezza* para o espanhol *ductilidad*, no sentido do que informa o “Gran Diccionario de La Lengua Española” publicado pela Larrousse Editorial, segundo o qual o termo *ductilidade* indica “a facilidade para dobrar-se ou mudar de forma” (traduzido), derivado do adjetivo *dúctil*, que de acordo com o mesmo dicionário significa “o que é fácil de moldar, o que pode ser deformado” (traduzido). Como o verbete possui na língua portuguesa o mesmo significante e o mesmo significado, adotou-se a expressão “ductilidade” em português, de modo que fossem mantidas as opções da tradução espanhola.

¹¹ Nos dizeres de Zagrebelsky: “El imperativo teórico de no contradicción -válido para la scientia juris- no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la «concordancia práctica» de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. [...] Saben que el derecho constitucional, invocado en las salas de los tribunales constitucionales, en las aulas universitarias y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de alguna de las partes. Saben, en fin, que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado.” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 16)

3.2. A diferenciação estrutural entre regras e princípios

Para Zagrebelsky, a distinção estrutural entre regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, já é conhecida pela doutrina jurídica, porém na atualidade e no Estado Constitucional ela ganha especial relevância. Acrescenta que a palavra “norma” alude a algo que deva ser ou produzir-se, ou seja, a que o indivíduo deve comportar-se de determinada maneira.

Observa que, se o direito atual está composto de regras e princípios, cabe lembrar que as normas legislativas são em sua maioria regras, enquanto as normas constitucionais sobre direitos e sobre justiça são prevalentemente princípios.

Em relação à distinção entre essas duas categorias normativas, ressalta que somente às regras se aplicam os variados métodos de interpretação jurídica que têm por objeto a linguagem do legislador. Já os princípios não são geralmente muito interpretados desta forma: em geral, o seu significado linguístico é “autoevidente” e não há nada que deva ser esclarecido pelo raciocínio sobre as palavras (ZAGREBELSKY, 2002, p. 110)¹².

Em suma, as regras são obedecidas e, por isso, é fundamental determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que contém as regras. Os princípios, ao contrário, são aderidos, e por isso, é importante compreender o universo dos valores e as grandes opções da cultura jurídica de que fazem parte.

A distinção essencial, portanto, parece ser a de que as regras nos proporcionam critérios para as nossas ações: dizem-nos como devemos, não devemos ou podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas próprias regras. Já os princípios, por outro lado, diretamente não nos dizem nada a este respeito, porém nos proporcionam critérios para “tomar posição” diante de situações concretas que *a priori* aparecem indeterminadas.

Aos princípios, diferentemente do que ocorre em relação às regras, somente se pode dar algum significado pragmático diante do caso concreto. Seu significado não pode ser determinado em abstrato, mas somente nas situações da vida prática, e somente a partir delas se pode compreender o seu alcance.

¹² No texto original: “Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 110)

Para o referido autor, se poderia observar a diferença apontando simplesmente que apenas as regras podem ser aplicadas mecânica e passivamente, enquanto os princípios envolvem posicionamentos que não podem ser automatizados¹³.

As regras, nesse sentido, não são possíveis de serem mediadas, enquanto os princípios, ao contrário, possuem uma dimensão de peso e importância não pertinente às regras. Como será tratado adiante, a distinção que Zagrebelsky faz entre a estrutura normativa das regras e dos princípios é muito relevante na totalidade da sua teoria, visto que para ele os princípios, como normas jurídicas, devem ser relativizados e ponderados diante do caso concreto.

3.3. A ponderação e a discricionariedade judicial na teoria de Zagrebelsky

Zagrebelsky rechaça a ideia de cientificidade do direito como uma disciplina lógico-formal. Para ele, tal ideia é carente de sentido para aqueles que consideram o direito não como um dado, mas sim uma incessante confluência de múltiplas exigências demandadas por numerosos, e muitas vezes contraditórios, princípios. Esses princípios, por sua vez, são realizados em seu contato com a realidade prática das experiências sociais (ZAGREBELSKY, 2002, p. 122).

Torna-se oportuno, portanto, recordar a contraposição entre *scientia juris* e *juris prudentia*, a primeira como racionalidade formal e a segunda como racionalidade material (orientada pelo conteúdo). A primeira é presidida pelo critério “tudo-ou-nada”, enquanto a segunda é marcada pela progressão quantitativa de valores.

Para o jurista, a concepção de realização dos princípios jurídicos limitados às suas possibilidades de concretização se denomina “razoabilidade”: uma terminologia discutível para aludir ao que antes se conhecia como “prudência” na aplicação do direito.

A ductilidade constitucional leva em consideração as razões que podem reivindicar os bons princípios a seu favor, mas não pode ser vista como a chave para a solução de todos

¹³ Em suas palavras: “Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la «maquinización» de su aplicación. por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La «aplicación» de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una «reacción», se «tome posición» ante ésta de conformidad con ellos. Una máquina capaz de «tomar posición» en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 111)

os problemas da comunidade jurídica: este conceito apenas envolve a busca pela resposta mais adequada a expectativas legítimas¹⁴.

Isto não significa reduzir o direito a uma retórica, mas supõe a prática de procedimentos “leais”, “transparentes” e “responsáveis”, que permitam o confronto entre os princípios. Na visão do autor, há que se selecionar uma classe jurídica (órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e também do Executivo) capaz de representar verdadeiramente os princípios, e não interesses obscuros. Estas seriam as condições para o triunfo da prudência no direito (ZAGREBELSKY, 2002, p. 123).

A revitalização de um método lógico-formal pela teoria do direito atual implicaria um retrocesso, pois hoje não se concebe um formalismo ou um positivismo dos princípios, diante do pluralismo e do caráter aberto dos mesmos.

Em geral, os princípios não se estruturam segundo uma hierarquia de valores. Se assim fosse, se produziria uma incompatibilidade com a sociedade e seu caráter pluralista, algo inconcebível nas condições constitucionais da atualidade.

A pluralidade dos princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles faz com que não possa existir uma ciência sobre sua articulação, sem uma prudência e ponderação. Necessário se faz a atenção à concordância prática e ao equilíbrio entre os bens jurídicos, guiado pelo princípio da proporcionalidade, na interpretação dos princípios constitucionais (ZAGREBELSKY, 2002, p. 125).

A coexistência dos princípios e valores passa pela perda do seu caráter absoluto, sob pena de se tornarem inimigos entre si. Os princípios, nesse sentido, devem ser controlados para evitar que, concebidos com caráter absoluto, sejam “convertidos em tiranos”. É próprio dos princípios a sua capacidade de se relativizar e se conciliar reciprocamente: nesse aspecto é que se separam das regras jurídicas¹⁵ (ZAGREBELSKY, 2002, p. 125).

¹⁴ No texto original: “Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la ‘clave’ para resolver todo problema jurídico, como si se tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho.” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 123)

¹⁵ A respeito da relevância da ponderação para a convivência dos princípios jurídicos com uma sociedade pluralista, esclarece Zagrebelsky: “No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, a concebir todo contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores. [...] Las sociedades que quisieran preservar su carácter pluralista deberían afirmar «valores que no tiene precio», valores entre los que el equilibrio deba alcanzarse mediante la ponderación con otros valores del mismo tipo, sin la participación del medium homologador y desnaturalizador del dinero.” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 125-126)

Em geral, para o referido jurista, cabe dizer que não somente o caso deve orientar-se pela norma, mas também a norma orientar-se pelo caso concreto. Ignorar cada um desses elementos da interpretação produziria dois defeitos opostos: uma casuística incompatível com a existência do direito como ordenamento (excesso de concreção), ou, por outro lado, uma ciência teórica inútil à finalidade do direito (excesso de abstração). Em qualquer um dos defeitos apontados, demonstra-se uma má compreensão da finalidade do direito.

Uma concepção prática do direito, por sua vez, concebe a interpretação jurídica como uma busca da norma adequada tanto ao caso concreto como ao ordenamento como um todo. O intérprete não estaria, contudo, a serviço exclusivo de uma ou de outra dessas tendências, possuindo autonomia diante de cada uma delas.

O processo de interpretação do direito, portanto, serve como impulso ao intérprete, além de lhe estabelecer um direcionamento. As demandas do caso concreto significam mais que a vontade legislativa, podendo até mesmo invalidá-la, o que leva à conclusão de que, havendo necessidade de eleger-se o sacrifício do caso ou da lei, esta última deve sucumbir no juízo de constitucionalidade a que se submete a própria lei (ZAGREBELSKY, 2002, p. 134).

Por fim, Zagrebelsky ressalta que as possibilidades de interpretação dependem ainda da discricionariedade de que goza o intérprete para conciliar as exigências que permeiam o caso concreto, não só por meio de métodos de interpretação, mas também da própria estrutura da lei. O direito, por vezes, não resiste a ser interpretado de acordo com as demandas casuísticas. Isto ocorre, sobretudo, com as normas “elásticas” ou “abertas”, que utilizam cláusulas genéricas contrapostas às concepções estritamente positivistas do direito e da função judicial.

Quando a produção legislativa se dá dessa forma, na percepção de Zagrebelsky (2002, p. 136), significa que o próprio legislador é quem declara a sua incapacidade de prever a concreta aplicação da norma, autorizando expressamente que os casos e suas exigências obtenham o devido reconhecimento.

4. Considerações Finais: superar ou aprimorar o positivismo?

Este trabalho teve como objetivo demonstrar que o constitucionalismo garantista pode contribuir, se não como matriz teórica, como um instrumento para que se revolva a falsa e superficial compreensão de que o positivismo deve ser rechaçado do sistema jurídico. Utilizar os direitos fundamentais como base para um controle de constitucionalidade material e um constrangimento da atividade legislativa por meio de um aprimoramento do positivismo é uma alternativa a ser considerada.

Nesse sentido, foi destacado o papel essencial dos direitos fundamentais para a realização de uma democracia substancial, atuando como limitações normativamente impostas ao ente estatal, inclusive em relação ao Poder Legislativo. Esses direitos, para a teoria garantista, se situam na esfera do indecidível, estando protegidos contra a supressão pelas maiorias.

Sem pretender esgotar as discussões que envolvem os questionamentos apontados, o presente trabalho se utilizou das considerações de Ferrajoli ao Constitucionalismo principialista, bem como das considerações de Gustavo Zagrebelsky sobre ductilidade constitucional, ponderação e princípios jurídicos. Este arcabouço teórico pode funcionar, então, como um instrumento para a reflexão sobre os rumos da doutrina neoconstitucionalista no Brasil.

Em verdade, o conceito de ductilidade constitucional e toda estruturação teórica que faz Zagrebelsky a respeito da interpretação e aplicação do direito em muito se assemelha com a doutrina neoconstitucionalista adotada no Brasil (especialmente quanto à ponderação, a distinção entre regras e princípios e a aceitação da atividade jurisdicional como um ato de escolha).

Ferrajoli (2012, p. 20) observa que o Constitucionalismo principialista, no qual inclui a obra de Zagrebelsky, promove uma inadequada aproximação entre direito e moral de modo que esta última fosse um ponto de vista interno ao direito. Por esse motivo, o autor destaca que este modelo envolve uma concepção jusnaturalista de Constitucionalismo, que embora se vista de uma tese sofisticada, peca pela concepção de que a aplicação dos princípios jurídicos deve passar pelo direito natural, já que para Ferrajoli os princípios são incorporados às leis e Constituições (FERRAJOLI, 2012, p. 28).

A prática jurisdicional brasileira, no entanto, não parece tão apegada às peculiaridades do caso concreto como exigem as teorias argumentativas e em especial a teoria

de Zagrebelsky, autor este que, como visto, ressalta que a relativização de princípios jurídicos deve sempre acompanhar as demandas e peculiaridades pertinentes ao caso concreto.

Uma reflexão, contudo, é levantada por Ferrajoli (2012, p. 236), no sentido de que o positivismo jurídico preza pela certeza do direito pagando o preço da sua incompletude. A necessidade de concretização dos direitos fundamentais para uma efetiva democracia substancial impõe desafios ao direito, que certamente merecem ser enfrentados.

O denominado Constitucionalismo principialista, no qual se inclui Zagrebelsky, aborda essas questões através da relativização dos princípios jurídicos, propondo a ponderação dos mesmos por meio de um direito dúctil, isto é: um direito adaptável ao pluralismo da sociedade moderna.

Ocorre que, como destaca Ferrajoli (2012, p. 240), a outorga de um poder de criação do direito aos juízes é um reflexo da confusão entre interpretação e inovação, entre aplicação e produção, entre jurisdição e legislação e, por fim, entre significado da lei e vontade legislativa.

Além disso, a certeza do direito, aspecto extremamente caro ao positivismo jurídico, corre severos riscos diante de um ativismo judicial que foi importado para o ordenamento jurídico brasileiro sem a devida reflexão e adaptação dos conceitos ao contexto nacional¹⁶.

A relevância das questões abordadas no presente trabalho é demonstrada não só por seus reflexos na Teoria Geral do Direito, mas também em atenção às transformações promovidas pela Constituição de 1988 no contexto jurídico brasileiro, que tem seu modelo normativo completamente transformado por um novo paradigma constitucional.

Essas transformações refletiram também em um ganho de autonomia e de força por parte do Poder Judiciário, especialmente em face das garantias e direitos fundamentais trazidos pela CF/88, cuja implementação, na maioria das vezes, acaba passando pela atuação do Poder Judiciário.

As mudanças trazidas pelas novas instituições, direitos e garantias definidos na Carta Constitucional, associados à adesão à doutrina que se autointitula “neoconstitucionalista” ou “pós-positivista”, pode provocar graves inseguranças para a manutenção do Estado de Direito, uma vez que ainda não se dispõe no Brasil de eficazes instrumentos para um efetivo controle ou constrangimento (administrativo, judicial e até mesmo hermenêutico) da atividade jurisdicional.

¹⁶ A respeito do complexo e relevante tema do ativismo judicial e da importação das teorias argumentativas pela doutrina brasileira são cruciais as obras de Lenio Streck: *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* (10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 420 p) e *O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 118 p).

Por fim, observa-se que a positivação dos princípios jurídicos e especialmente dos direitos sociais impõe vários desafios à jurisdição constitucional, referentes à efetividade desses direitos, bem como ao déficit de cobertura financeira estatal. É necessária a compatibilização do papel de guardião do texto constitucional do Poder Judiciário com a realidade de que lhe falta legitimidade para substituir por completo os outros poderes. Uma alternativa possível a esse impasse passa pela adequada fundamentação hermenêutica das decisões judiciais, bem como pela manutenção de uma atividade interpretativa coerente com o texto constitucional.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 271 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 670 p. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição á aplicação dos princípios jurídicos. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 216 p.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas pelo Dr. Nelson Morra. Tradução de Marcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da Cidadania: da comunidade ao Estado Liberal. **Revista Seqüência**, Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, ano XXVII, n. 55, p. 65-94, dezembro de 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p. Título original: *Law's empire*.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Taking rights seriously*.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: _____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

_____. **Principia iuris**: Teoria del diritto e della democrazia, Teoria del diritto. Bari (Itália): Editori Laterza, 2007. v. 1. 1021 p.

_____. Por uma refundação epistemológica do Direito. In: TEIXEIRA, Anderson V.; OLIVEIRA, Elton S. de. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2009, p. 182-200.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 124 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 501 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 420 p.

_____. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 118 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: *ley, derechos, justicia*. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. 156 p. Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*.