

Teoria da norma e interpretação constitucional no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo: uma proposta de concretização constitucional dissociada do panprincipiologismo

Camila Sailer Rafanhim de Borba

RESUMO

O presente artigo debate a interpretação constitucional baseada em princípios, na doutrina nacional e estrangeira, buscando uma proposta adequada para a realidade brasileira. Inicialmente, analisa-se a teoria da norma na perspectiva positivista e a mudança de paradigma ocorrida neste ponto com as teorias neoconstitucionalistas ou pós-positivistas. Adiante, verifica-se a possibilidade de haver um modelo puro de regras ou um modelo puro de princípios, concluindo-se só ser factível, no Estado Democrático de Direito, um modelo misto de regras e princípios. Diante disso, analisa-se de que modo se dá, ou deveria se dar, a interpretação jurídica neste modelo. Verifica-se que os princípios são representativos de uma reserva histórica, de um conjunto de valores eleitos como fundamentais por determinada comunidade em certo momento histórico e que, no âmbito da democracia, só estes é que devem guiar a interpretação do Direito, e não princípios criados com o objetivo de apenas servir de âlibi para arbitrariedades e decisionismos. Assim, como tentativa de afastar este fenômeno denominado de panprincipiologismo e de buscar uma metodologia constitucional de interpretação que verdadeiramente privilegie os valores supremos da República Brasileira, propõe-se a utilização do método denominado de filtragem constitucional.

Palavras-chave: Teoria da Norma. Positivismo Jurídico. Pós-positivismo. Interpretação constitucional. Panprincipiologismo. Estado Democrático de Direito. Filtragem constitucional.

Rule theory and constitutional interpretation on the perspective of the neoconstitucionalism or post-positivism: a proposal of constitutional implementation dissociated from panprincipiologism

ABSTRACT

This article discusses the constitutional interpretation based on principles, and analyzes how is it worked in national and foreign doctrine, seeking an appropriate proposal to the Brazilian

Camila Sailer Rafanhim de Borba é Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia da UNIBRASIL (Curitiba-PR), Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacelar, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Trabalho e Regulação no Estado Constitucional". Advogada e integrante da assessoria jurídica de diversos sindicatos de servidores públicos. Contato: camilarafanhim.adv@gmail.com

Direito e Democracia	Canoas	v.15	n.1	p.119-137	jan./jun. 2014
----------------------	--------	------	-----	-----------	----------------

reality. Initially, analyzes the rule theory in the positivist perspective and how it changes with the neoconstitucionalist or post-positivist theories. Further, it turns out the possibility of a pure model of rules or of a pure model of principles, concluding only be feasible in a Democratic Rule-of-Law State, a mixed model of rules and principles. Thus, we analyze how it happens, or should happen, the legal interpretation in this model. It appears that the principles are representative of a historic reserve, a set of fundamental values that was as so elected by certain community at a certain historical moment, and that is only these that should guide the interpretation of the law, and not principles created with the objective of only serve as an alibi for arbitrariness. Finally, in an attempt to remove this phenomenon called panprincipiologism and seeking a constitutional interpretation methodology that truly favors the supreme values of the Brazilian Republic, it is proposed to use the method called constitutional filtering.

Keywords: Rule theory. Legal positivism. Post-positivism. Constitutional interpretation. Panprincipiologism. Democratic Rule-of-Law State. Constitutional filtering.

1 INTRODUÇÃO

Que hoje vivemos uma “era dos princípios”, em que, judicialmente, muitas vezes são pleiteados direitos unicamente a partir de princípios, não se pode negar. Que, igualmente, desde a Carta de 1988, passamos por um processo de constitucionalização do Direito, em que se pode falar em uma onipresença ou, como prefere Sarmento, ubiquidade constitucional, também não (SARMENTO, 2006).

Contudo, até que ponto estes movimentos são positivos ou não ou se seriam mais favoráveis a arbitrariedades e “decisionismos” são ainda questões que se colocam a este novo momento que tem se chamado de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

Neste trabalho, com o objetivo de contribuir para este debate, analisaremos as propostas originais do positivismo e as que lhe sucederam, isto é, as do pós-positivismo. Adiante, serão pensados alguns modelos de sistemas jurídicos, isto é, o modelo de regras, o modelo de princípios e o modelo combinado dos dois, analisando-se os pontos fortes e fracos de cada um deles.

Por fim, buscar-se-á verificar por qual destes modelos, e por meio de quais procedimentos, se pode pensar num sistema jurídico mais justo, mas também, e principalmente, guiado pela racionalidade e controlável também por meio dela, justamente para se afastar qualquer possibilidade de arbítrio judicial.

2 DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO E DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

O positivismo jurídico ou juspositivismo “é uma escola doutrinal, (...) corrente do pensamento, (...) atitude epistemológica geral” (MIAILLE, 1994, p.42), que surgiu como uma reação ao jusnaturalismo ou teoria do direito natural. Este último proclamava a existência de direitos individuais pré-existentes ao próprio direito, tendo sido um importante instrumento da “burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação” (MIAILLE, 1994,

p.44). Adiante, em especial após a Revolução Francesa, “o positivismo será, a partir da codificação napoleônica (de que é uma manifestação e não uma causa), a teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sociopolítico” (MIAILLE, 1994, p.44).

O positivismo jurídico é decorrente do positivismo filosófico, que pretende transformar tudo em ciência, sendo, portanto, uma de suas características a “pretensão de criar uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais” (BARROSO, 2011, p.261). No campo jurídico, surge, então, com objetivos específicos, quais sejam: do ponto de vista teórico, o de conferir cientificidade ao direito e, do ponto de vista prático, o de buscar segurança, racionalidade e previsibilidade à aplicação do direito, mesmo ideal “que levou à construção do Estado Liberal e o seu direito” e a serviço do qual “ele definiu o direito como um sistema normativo” (BARZOTTO, 2007, p.18).

O primeiro destes objetivos se manifesta principalmente com a separação entre direito e moral, que se torna característica marcante do positivismo jurídico em todas as suas acepções.

Kelsen, um dos maiores representantes do positivismo jurídico, afirma que o objetivo da teoria pura do direito é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 1998, p.1), quais sejam eles: psicologia, sociologia, ética e teoria política. Em decorrência disso e também da busca pela segurança e previsibilidade, o positivismo jurídico propõe uma específica conceituação de Direito e, conseqüentemente, de norma. Kelsen afirma que o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1998, p.4), e, quanto à regra, afirma que “se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem *deve* se conduzir de determinada maneira. (...) é o sentido do ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada” (KELSEN, 1998, p.4-5).

Portanto, o que se vê é que, embora utilize o termo “norma”, refere-se especificamente às regras, pois, apesar de o positivismo jurídico não ignorar a existência dos princípios, a distinção entre regras e princípios lhe serviu, na verdade, com o objetivo de negar normatividade aos princípios, já que eram vistos como “enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração” (SCHIER, 2001, p.98), que não podiam ser interpretados por simples procedimento de subsunção lógica do fato à norma, como ocorria com as regras.

O positivismo, portanto, não lhes atribui normatividade, reservando-os a uma espécie de poder discricionário do juiz, a ser utilizado quando o direito não tivesse uma solução para o caso, pois, como explica Dworkin, segmentos positivistas como o de Kelsen e o de Hart “reconhecem que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (...) e (...) explicam os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação” (DWORKIN, 2010, p.35).

Mesmo quando se lhes reconhece alguma normatividade maior, “no contexto positivista, os princípios são os “tapa-buraco” do sistema” (SCHIER, 2001, p.99), que só são aplicados depois de todas as tentativas anteriores (lei, costume, analogia, equidade) terem se mostrado ineficazes, funcionando apenas, portanto, como “válvula de segurança”, no dizer de Zagrebelsky, com “função supletiva, integradora ou corretiva das regras jurídicas” (ZAGREBELSKY, 2007, p.117).

Contudo, Luiz Fernando Barzotto observa que o positivismo não conseguiu manter-se, como pretendia, totalmente distante da moral e da política, e fracassou no propósito de criar um conceito de direito que fosse unidimensional, isto é, reduzido à esfera normativa (BARZOTTO, 2007, p.133).

Miaille também sustenta que o formalismo, de que o kelsenianismo é a principal corrente, não consegue sequer “respeitar os seus próprios princípios”, na medida em que seu sistema jurídico, concebido como “uma totalidade coerente, homogênea, em último caso, sem falha”, só seria útil para uma “sociedade “fria” ou “sem história”, pelo menos a de uma sociedade que pode permanecer sem modificação importante. (...) esta concepção do direito expulsava o que lhe dava a consistência e a vida, a saber: os conflitos que lhe dão origem e que ela não cessa de tentar dominar” (MIAILLE, 1994, p.317).

Luis Roberto Barroso, ademais, esclarece que o positivismo “acabou se convertendo em uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, mas também de *querer* o Direito” (BARROSO, 2011, p.263).

E o resultado prático disso acabou se tornando a causa para a decadência do modelo positivista, pois, “em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados” (BARROSO, 2011, p.263). Tem-se, por exemplo, “o regime totalitarista imposto pelo *III Reich* alemão”, que “trouxe à tona uma ‘lógica da destruição’, (...) e todos os atos que extinguíam por completo a dignidade humana das vítimas deste regime nazista eram promovidos em nome da legalidade, isto é, dentro dos quadros da Lei” (HONESKO, 2006, p.98-99), comprovando que “a ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem” (BARROSO, 2011, p.263).

Também Joao Carlos Carvalho da Silva afirma que:

(...) a dogmática jurídica tradicional é severamente criticada como inapta à resolução de conflitos, tida igualmente como instância ideológica, destinada a viabilizar a manutenção da ordem social, econômica e política em favor dos interesses de grupos microsociais hegemônicos. (SILVA, 2011, p.283)

Percebendo-se disso, algumas Escolas do Direito passaram a buscar um outro modelo. No Brasil, por exemplo, onde, muito depois do fim da primeira guerra, o

Direito ainda servia de instrumento ao regime militar, passaram a surgir as chamadas teorias críticas, que, “partindo, basicamente, de diversas tendências marxistas, buscavam denunciar o Direito enquanto poder, instrumento de legitimação das classes dominantes” (SCHIER, 1999, p.30). Contudo, Paulo Ricardo Schier destaca que estas teorias, ao se concentrarem no aspecto de dominação, deixaram de lado qualquer caráter revolucionário ou de emancipação, razão pela qual se observou um “esvaziamento da dignidade normativa do Direito” (SCHIER, 1999, p.35), de maneira que suas normas só seriam válidas “na medida em que estivessem em consonância com os “fatores reais de poder” (SCHIER, 1999, p.36).

Por outro lado, a partir destas constatações, verifica-se, não só no Brasil¹, como em todo o mundo, uma busca por um novo modelo jurídico capaz de superar as limitações do positivismo jurídico, e com capacidade de transformação da realidade social.

Contudo, a evolução da dogmática até então e a pluralidade de visões de mundo existentes impediam o retorno simples ao jusnaturalismo e a adoção de uma única ideologia ou crença.

Como explica Barroso, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação” (BARROSO, 2011, p.264), isto é, o surgimento de um novo modelo denominado “provisoriamente” de neoconstitucionalismo² ou pós-positivismo (BARROSO, 2011, p.264).

Contudo, é de se destacar, como o fez Barroso, que:

O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade.

(...)

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. (BARROSO, 2011, p.270)

Por isto é que se nomeia este novo modelo de pós-positivismo, pois, embora se distinga do positivismo formalista em diversas características, não o abandona totalmente, “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto;

¹ Schier destaca que, no Brasil, o principal representante desta busca foi o movimento do direito alternativo (cf. SCHIER, 1999, p.36).

² Interessante crítica à denominação “neoconstitucionalismo” é feita por Lênio Streck, (STRECK, 2012).

procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2011, p.271).

Nesta esteira, Susanna Pozzollo afirma que podem ser considerados neoconstitucionalistas todos os autores que “criticam o positivismo jurídico e o tem como incapaz de dar conta do moderno Estado constitucional” (POZZOLLO, 2003, p.189), mesmo que diverjam sobre outros pontos, de modo que poderíamos resumir o que há de comum entre todos estes segmentos afirmando que o pós-positivismo revisita algumas teses centrais do positivismo, sustentado a conexão entre direito e moral (ALEXY, 2002, p.3-4), o que, conforme Luis Pierto Sanchís, tem como consequências o fato de a validade da norma passar a estar ligada a sua correspondência em conteúdo com a Constituição, “y, más aún, de su consistência práctica com ese horizonte de moralidad que preside y se recrea em La argumentacion constitucional” (SANCHÍS, 2003, p.103).

Em decorrência disto, tem-se a inserção do tema dos direitos humanos não só em documentos internacionais como em Constituições nacionais, que, muito mais do que apenas limitar o poder e estabelecer as regras do jogo democrático, passam a prever “também um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais” (POZZOLO, 2006, p.79). Susanna Pozzollo afirma que a grande diferença destas novas constituições, o que as faz superiores às leis ordinárias, não é apenas uma hierarquia, mas o seu conteúdo, pois “mais do que um mero documento jurídico ela é um documento cheio de valores” (POZZOLO, 2003, p.199).

Neste novo cenário, “as constituições passam a ser vistas não mais como conteúdos procedimentais, baseadas no cumprimento “cego” da lei” (PASCHOAL, 2011, p.55), mas passam também a se preocupar com os “pequenos conflitos” (SARMENTO, 2007, p.2), “passa a ser preocupação da constituição e levar a temática dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito, principalmente nas esferas do direito privado” (PASCHOAL, 2011, p.55).

Diante disso, diz-se que a principal característica do pós-positivismo é o reconhecimento da normatividade dos princípios e, em especial, da equivalência hierárquica entre regras e princípios constitucionais, reconhecendo-se, apenas, uma distinção funcional entre ambos.

Dworkin os diferencia explicando que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2010, p.39), enquanto que os princípios, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2010, p.40).

Já Alexy, que compreende “que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*” (ALEXY, 2011, p.90), coloca os princípios como mandamentos de otimização na medida em que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”,

enquanto as regras seriam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2011, p.90-91).

Diante desta distinção, Alexy esclarece que não só as diferenças se manifestam “com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras” (ALEXY, 2011, p.91), como, especialmente, estes conflitos e colisões são também solucionados de formas diversas. Isto é: enquanto a solução de um conflito entre regras se resolve por meio de um juízo de validade, ou seja, uma das regras tem que se considerada inválida e a outra, válida, será aplicada, o conflito entre dois princípios só seria resolvido por meio de um sopesamento.

Isto demonstra que, além dos conceitos anteriores, esta nova concepção metodológica traz uma nova visão da interpretação constitucional, que não deverá mais ser apenas descritiva, mas, sim, “de um ponto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor constructiva” (SANCHÍS, 2003, p.103).

Há, portanto, uma verdadeira mudança de paradigmas da interpretação constitucional atual em relação à tradicional, que, conforme explica Barroso, se centra no papel da norma, do problema e do intérprete na busca da solução do caso concreto, na constatação de que “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem” (BARROSO, 2011, p.331). O positivismo jurídico entendia que “a norma (...) se reduzia ao enunciado linguístico, (...) era a descrição abstrata de um fato, com imputação de consequências”, (SCHIER, 2001, p.98) e que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização” (BARROSO, 2011, p.331), já que a “interpretação da norma era (...) decodificação de enunciados linguísticos e, logo, tinha-se uma identidade entre norma e texto da norma. A norma era o texto a ser interpretado” (SCHIER, 2001, p.98).

A hermenêutica tradicional, portanto, baseava-se na norma jurídica, na qual “estará contida, em caráter geral e abstrato, a prescrição que deveria reger a hipótese” (BARROSO, 2011, p.331). Diante disso, o problema apenas traria “os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma” e ao intérprete restaria apenas a função técnica de subsunção, isto é, “de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação” (BARROSO, 2011, p.331).

Já na interpretação contemporânea, afasta-se esta visão de completude da norma jurídica, pois se compreende que, “em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido” (BARROSO, 2011, p.331), e, também, em virtude da “tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo (...), sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade” (BARROSO, 2011, p.332).

O problema, do mesmo modo, é visto de outra forma, pois passa a ser compreendido também como “fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito”, acrescentando que, “em múltiplas situações, não será possível construir

qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis” (BARROSO, 2011, p.332).

E, por fim, altera-se a visão da função do intérprete, que não é mais apenas o técnico que realiza a subsunção do fato à norma, mas, “em variadas situações, (...) torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”, de modo que é inevitável que “sua pré-compreensão do mundo (...) irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões” (BARROSO, 2011, p.333).

Uma destas respostas que é apontada por Paulo Ricardo Schier é o método ou perspectiva concretista de interpretação, ressaltando o autor que este método,

(...) em nenhum momento, nega a utilização dos métodos de interpretação tradicionais sistematizados por SAVIGNY. Contudo, afirma-se que (...) não são capazes de esgotar a interpretação eis que configuram apenas um momento da atividade hermenêutico-jurídica: o da determinação do programa normativo, do enunciado. (SCHIER, 2001, p.99-100)

O mesmo também afirma o doutrinador alemão Friedrich Müller (MÜLLER, 2005, p.27-30), o maior exemplo deste método de interpretação constitucional.

Müller se opõe à ideia positivista da completude do sistema jurídico, explicando que “como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação (...) de um texto” (MÜLLER, 2005, p.26), e, por isso, propõe que, mais do que interpretação do direito constitucional ou da constituição, deve-se buscar sua concretização.

Müller compreende que norma e texto da norma não tem identidade e que “o teor literal de uma prescrição juspositivista é apenas a “ponta do *iceberg*”” (MÜLLER, 2005, p.38), afirmando, quanto à estrutura da norma, que o “programa da norma” é o teor literal da ordem jurídica (do texto da norma), e acrescenta o elemento chamado “âmbito da norma”, que seria o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER, 2005, p.42). E afirma que “o âmbito da norma pode ter sido gerado (...) ou não gerado pelo direito”, acrescentando que “na maioria dos casos valem as duas coisas: o âmbito da norma apresenta tanto componentes gerados quanto componentes não gerados pelo direito” (MÜLLER, 2005, p.42-43).

Assim, Schier resume que o processo de concretização se dá em cinco diferentes momentos:

(1) existência e averiguação semântica do *texto*; (2) interpretação do *texto* com a respectiva atribuição de sentidos; (3) existência e averiguação do componente

fático, real, empírico (o problema posto a resolver); (4) interpretação dessa realidade fática e, finalmente, (5) contextualização dos componentes fáticos e textuais. (SCHIER, 2001, p.100)

E conclui acerca da novidade do método interpretativo de Müller:

Neste modelo de estrutura da norma, vê-se que elementos da realidade, como o contexto, o caso concreto, a esfera de pré-compreensão do intérprete, são determinantes para a realização do Direito. E é nesta abertura para a sociedade que se pode compreender o *modus operandi* dos princípios que buscam, nela, seu substrato material. Assim a carga axiológica dos princípios pode ter realização normativa para além do simples processo de subsunção forma. Esta nova concepção, portanto, da estrutura da norma constitucional, aberta à realidade (...), foi suficiente (...) para explicar a normatividade dos princípios, que encontrariam nela um modelo adequado de realização e racionalização no seu momento de aplicação. (SCHIER, 2001, p.101)

Portanto, Müller reconhece a importância dos aspectos fáticos para a interpretação constitucional, mas alerta que não se pode realmente considerar direito e realidade como “entidades independentes”, apenas como elementos que constituem o âmbito normativo (MÜLLER, 1989, p.122).

Em contraposição à teoria de Müller, mas igualmente com preocupação em relação aos dados trazidos pela realidade, temos as lições do também alemão Robert Alexy, que, como já se adiantou acima, concebe o direito como um conjunto de normas que podem ser tanto regras quanto princípios, sendo que, havendo colisões entre princípios, estas devem ser resolvidas por meio do sopesamento.

Explica Alexy que, em razão da própria “natureza dos princípios como mandamentos de otimização”, inexistente, entre eles, qualquer “relação absoluta de precedência” (ALEXY, 2011, p.99). Portanto, havendo um conflito, a única forma de solucioná-lo é sopesar os princípios em jogo, para se determinar, no caso concreto, qual deles deve ter maior “peso”. E explica que se trata de uma *relação de precedência condicionada*:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2011, p.96)

E, por fim, afirma que, do sopesamento, da avaliação dos condicionantes do caso concreto para se determinar qual princípio terá prevalência, surge uma regra, isto é “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2011, p.99).

Procedimento assemelhado é o que se costuma denominar de “ponderação”, que, de acordo com Ana Paula de Barcellos, é a “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p.35).

Embora Barcellos afirme que a ponderação não seja de utilização exclusiva nos conflitos entre princípios, podendo, inclusive, envolver regras (BARCELLOS, 2005, p.35-36), se tomarmos seriamente em questão a teoria de Alexy, teremos que são procedimentos inafastáveis apenas de um sistema que contenha princípios, mais de um princípio, que possam entrar em conflito. Isto porque, para Alexy, se tratando de um conflito entre regras, só há duas soluções possíveis, ou a declaração de invalidade de uma delas, como já citado acima, ou a inclusão de uma cláusula de exceção em uma delas, não havendo, jamais, o que se ponderar ou sopesar (ALEXY, 2011, p.92-93).

E, por outro lado, há quem, como Luigi Ferrajoli, que compreenda que a “identificação da ponderação como único tipo de racionalidade pertinente aos princípios” seria responsável por um “enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais” (FERRAJOLI, 2012, p.46).

Diante destas concepções acerca do Direito, das normas, da Constituição e das formas de interpretação das normas constitucionais, uma questão de torna evidente: seria o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo partidário necessariamente da implantação de um modelo puro de princípios, excluindo-se totalmente qualquer modelo de regras? Qual modelo de sistema jurídico seria o ideal para a atual realidade brasileira, para se afastar as possibilidades de arbítrios e “decisionismos”? É o que se pretende responder no tópico seguinte.

3 UM MODELO PURO DE REGRAS, UM MODELO PURO DE PRINCÍPIOS OU UMA SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA?

Embora haja quem diga que o neoconstitucionalismo foi a passagem de um modelo puro de regras para um modelo de princípios, que, diante da sua abertura, deixaria espaço para “decisionismos”, nem é verdadeira a alegação de que o positivismo não reconhecia a existência de princípios, como se especificou acima, muito menos a de que o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo teria dado margens a maiores arbitrariedades e “decisionismos”. E isto fica claro ao analisarmos, hipoteticamente, como seria um modelo puro de regras, um modelo puro de princípios ou um modelo combinado dos dois.

Conforme já se destacou acima, não se pode dizer que o positivismo, em sua totalidade, previsse, apenas, um modelo puro de regras, pois vários segmentos desta escola do pensamento jurídico reconheciam a existência de princípios, por vezes não como normas jurídicas e, em outras, como instrumentos interpretativos de integração ou supletivos dos demais.

Contudo, imaginemos, hipoteticamente, como o fariam os críticos mais ferrenhos do pós-positivismo, um sistema jurídico composto unicamente por regras.

Do ponto de vista prático, um tal modelo se mostra impossível. Isto porque, como afirma Alexy, se o objetivo de um modelo puro de regras for afastar a insegurança do sopesamento, ele se mostra fracassado. Alexy demonstra que, quanto aos direitos fundamentais, tanto os direitos fundamentais sem reserva, quanto os direitos fundamentais com reserva simples e os direitos fundamentais com reserva qualificada, todos exigem, na prática, um sopesamento quando ocorre um conflito entre direitos (ALEXY, 2011, p.123-134).

Além disso, é de se ressaltar, conforme Raquel Denize Stumm, que “a importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras. Portanto, é impossível haver apenas regras em uma Constituição, pois a interpretação delas é determinada pelos princípios.” (STUMM, 1995, p.41)

Também Lenio Luiz Streck afirma que:

(...) não há regra sem um princípio instituidor”, ou, ao menos, não há regra portadora de legitimidade democrática, pois, como destaca, “a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. (STRECK, 2012, p.68)

Para além de todos estes argumentos contrários a um modelo de regras, tem-se que qualquer modelo composto unicamente por regras é limitado e, assim, haverá casos que não poderão ser resolvidos simplesmente pelo método da subsunção do fato à regra. No Brasil, por exemplo, em que há a regra da inafastabilidade da jurisdição, ainda assim os juízes estariam obrigados a decidir o caso concreto que não estivesse albergado por nenhuma regra. Nestes casos, portanto, teriam que se valer de elementos “extrajurídicos”, entre os quais estariam os princípios, de acordo com a teoria de Hart. Conforme a leitura que dela faz Dworkin, comparando-se as teorias de Hart e Austin, apesar das diferenças, é possível concluir que existe um ponto de contato importantíssimo: ambos “reconhece(m) que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (...) e (...) explica(m) os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação” (DWORKIN, 2010, p.35).

Dworkin explica do seguinte modo a tese positivista do poder discricionário do juiz: “Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o

juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (DWORKIN, 2010, p.49-50) Acrescenta que “tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições” (DWORKIN, 2010, p.50-51).

Dworkin esclarece que o poder discricionário não libera o julgador de decidir com bom-senso, contudo, “sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário” (DWORKIN, 2010, p.53). Vale dizer: o juiz, na teoria positivista, “não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juizes não impõem obrigações a estes” (DWORKIN, 2010, p.55).

Portanto, percebe-se que o modelo puro de regras, que não reconheça normatividade aos princípios, não só é incompatível com uma sociedade plural e com um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro atualmente, por não permitir a legitimidade democrática das regras aplicadas, já que não poderão buscá-la nos princípios, bem como por dificultar (ou impossibilitar) uma atualização constante do direito sem que, para isso, fosse necessária uma alteração do texto da norma. Mas, além disso, um modelo puro de regras se mostra igualmente incompatível com os próprios objetivos de segurança e previsibilidade expostos pelo positivismo jurídico, pois, nos casos difíceis (*hard cases*), isto é, naqueles casos em que as regras não derem uma solução e a subsunção não for possível, não há qualquer mecanismo de controle racional da decisão tomada no âmbito do poder discricionário do juiz.

Em contraposição a este, coloca-se o modelo puro de princípios, em que, em se tratando de direitos fundamentais, cada um deles só seria previsto genericamente como princípio, sendo necessário, em cada caso concreto, o sopesamento dos interesses em jogo para se verificar se há o direito.

Alexy expõe, como objeção a este modelo, o fato de que ele supostamente “não levaria a sério a Constituição escrita. (...) passaria ao largo da regulação diferenciada que a Constituição alemã contém sobre as restrições a direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p.122).

Mesmo diante do caso brasileiro, diverso do alemão, a aplicação de um modelo puro de princípios significaria menosprezar o trabalho do Poder Legislativo, no âmbito do qual se realizam sopesamentos prévios que dão origem a regras, que devem ser aplicadas.

Assim, igualmente incabível para a realidade atual este segundo modelo.

Neste caso, como afirma Alexy, “quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado” (ALEXY, 2011, p.135).

A saída, então, seria a de um modelo combinado de princípios e regras. Isto porque, como explica Alexy, as normas de direitos fundamentais podem ser previstas como

princípios, quanto aquilo que for mais relevante para a nação, como regras, em especial no tocante às restrições de direitos, e, por fim, há normas de duplo caráter, isto é, que apresentam reunidos os níveis de regra e princípio (ALEXY, 2011, p.135-144).

Esta solução intermediária é a resposta que trouxe o pós-positivismo às complexidades da modernidade e às insuficiências do positivismo jurídico.

O pós-positivismo concebe o direito como um sistema aberto de regras e princípios, ambos normas de mesma hierarquia, sendo que as regras prescrevem condutas específicas, enquanto os princípios “desempenham um papel (...) “constitutivo” da ordem jurídica” (ZAGREBELSKY, 2007, p.110).

Raquel Denize Stumm afirma que “as possibilidades e os limites da racionalidade do sistema jurídico resultam do relacionamento entre princípios e regras” (STUMM, 1995, p.41).

Neste modelo, ao contrário do senso geral de que os princípios teriam primazia absoluta, as regras tem prevalência nos casos que puderem ser resolvidos por meio da subsunção. Não porque tenham alguma supremacia hierárquica ou porque os princípios atuem como “tapa-buracos”, mas porque as regras são o resultado de uma ponderação prévia de princípios, realizada no âmbito do Poder Legislativo, e que deve ter precedência, isto é, devem afastar a necessidade de um novo sopesamento a cada caso concreto.

Também Lênio Luiz Streck, que defende uma posição diferenciada da maioria dos autores utilizados até aqui, reconhece a necessária ligação entre regras e princípios, afirmando, contudo, que não seria o princípio o responsável pela abertura da interpretação, mas a regra, “exatamente em razão de sua perspectiva universalizante”, pois “a regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito à inúmeras possibilidades”, enquanto que “o princípio individualiza a *applicatio*” (STRECK, 2013, p.113).

No entanto, apesar de todas as diferenças doutrinárias sobre os mais variados aspectos de suas teorias, todos estes autores concordam não ser possível falar em um outro sistema jurídico que não o que contemple tanto princípios quanto regras.

Sanchís conclui que as normas materiais da Constituição, contudo, devido à sua indeterminação e à ausência de uma hierarquia entre os princípios, aumentariam a discricionariedade judicial, o que, de outro lado, reduz a legislativa, que passa a estar limitada à determinação dos princípios (SANCHÍS, 2003, p.132). Isto, contudo, não significaria que se daria maior espaço a arbitrariedade e “decisionismos”, não se trata de substituir “um arbítrio por outro” (SANCHÍS, 2003, p.132), pois, segundo Sanchís, a resposta está em confiar-se na argumentação jurídica. Afirma que uma decisão só é correta se decorre de uma argumentação consistente.

No mesmo sentido, Alexy se opõe à crítica de que o sopesamento não seria um “modelo aberto a um controle racional”, afirmando que, ainda que este procedimento possa ser usado da forma criticada, “a um tal modelo decisionista de sopesamento pode

ser contraposto um modelo fundamentado”, acrescentando que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de racional” (ALEXY, 2011, p.165). E acrescenta:

Dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalente. (...) A fundamentação de enunciados de preferências é uma fundamentação de regras relativamente concretas. (...) Para sua fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional. (ALEXY, 2011, p.165)

Também Virgílio Afonso da SILVA afirmou impossível se “buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito” (SILVA, 2010, p.147), acrescentando que nem o aparentemente mais lógico dos procedimentos de aplicação, o da subsunção, está isento de problemas e que sequer os positivistas almejam uma interpretação e aplicação totalmente lógica, como se percebe pela ilustração da moldura, feita por Kelsen. E explica que isso seria devido ao fato de não ser a tarefa de interpretação uma atividade apenas cognitiva:

(...) mas um *ato de vontade*, para o qual concorrem razões de natureza moral, de concepções de justiça, de juízos sociais de valor etc.” (...) “O que se pode exigir, portanto, de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é a *fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo*, ou seja, *de parâmetros que permitam algum controle da argumentação*.” (SILVA, 2010, p.147-148)

Neste ponto, é de se ressaltar a pertinente crítica feita por Lênio Luiz Streck, no sentido de que uma teoria que se diga pós-positivista, no sentido de tentar superar o positivismo, necessita “superar também aquilo que o sustenta: *o primado epistemológico do sujeito* (da subjetividade assujeitadora) e *o solipsismo teórico da filosofia da consciência*” (STRECK, 2013, p.105).

Assim, posturas que se voltem à discricionariedade do julgador, que entendam que este tenha uma margem de liberdade para decidir “conforme sua consciência” ou outros preceitos não justificados racionalmente, são, na verdade, uma espécie de retorno ou reafirmação do positivismo. Não basta para a adequação de uma decisão ao verdadeiro postulado do pós-positivismo que haja uma argumentação “convicente”. Isto porque, conforme muito bem esclarece Streck, decidir é muito diferente de escolher:

Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a*

solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe pareça mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. (...) Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. (STRECK, 2013, p.107)

Sendo que o julgador decide e não escolhe o resultado do seu julgamento, não devem suas convicções pessoais ter prevalência. E, como explica Suelen da Silva Webber, é isso o que acontece quando o magistrado cria pseudoprincípios na tentativa de conferir alguma racionalidade às suas decisões, utilizando-os, na verdade, como mero “álibi de decisionismos” (WEBBER, 2013, p.320).

E Streck conclui que, na verdade, “a decisão se dá (...) *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*, (...) a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito*” (STRECK, 2013, p.108). E explica que, nos atuais modelos políticos, a Constituição, que, no caso brasileiro, significou uma grande vitória democrática, “é o vetor que deve conformar a atividade do jurista” (STRECK, 2013, p.114).

E isto ocorre porque a Constituição é a responsável por uma dita “**reserva histórica de Justiça**”: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça”, sendo de se ressaltar que “os princípios constitucionais formam uma espécie de consenso sobre os valores básicos da sociedade, razão pela qual servem como critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema” (SCHIER, 2001, p.106-107).

E isto não tem qualquer relação verdadeira com o citado fenômeno do panprincipiologismo, em que

(...) os magistrados tem se utilizado dos poderes da discricionariedade, a qual se esconde por detrás de pseudoprincípios, e que fazem surtir efeito diverso: o Poder Judiciário, quando profere decisões arbitrárias, impossibilita a concretização dos Direitos Sociais. (WEBBER, 2013, p.319)

Na verdade, uma hermenêutica que verdadeiramente concretize a Constituição, distanciando-se do panprincipiologismo, é o que se busca. E tal busca se encaixa perfeitamente com a metodologia proposta por Paulo Ricardo Schier, sob a denominação de “*filtragem constitucional*”. O autor propõe um método que vai muito além da simples interpretação conforme, uma espécie de impregnação (SCHIER, 2013?) do direito infraconstitucional, que decorre de uma visão mais comprometida com uma verdadeira supremacia da Constituição, uma vez que

(...) a afirmação de que os princípios constitucionais são dotados de normatividade jurídica superior e expressam uma reserva histórica de justiça da sociedade

permite impor, aos operadores jurídicos, uma espécie de compromisso com a normatividade integral dos valores constitucionais e sua realização. (SCHIER, 1999, p.130)

E acrescenta:

Deveras, não basta apenas optar-se pela norma que confira maior eficácia jurídica aos valores constitucionais mas, sim, deve impor a construção de uma norma que atribua “a” maior eficácia e efetividade possíveis (ou seja, maior afirmação social dos valores constitucionais). Por isso, o princípio da interpretação conforme, sob a leitura da filtragem, transmuda-se para um princípio de dimensões formais e materiais porque deve conferir a maior eficácia jurídica e também social da norma constitucional. (SCHIER, 1999, p.137)

Assim, não basta mais uma verificação meramente formal da constitucionalidade do direito infraconstitucional, é necessário que ela seja verdadeiramente filtrada pela Constituição. É dizer: deve ser filtrada como a água que o é para virar café, que, após passar pelo filtro que contém o pó de café, sai mais suja, mas atinge seu objetivo de ser café.³ Do mesmo modo, o direito infraconstitucional que passa pelo filtro constitucional deve sair mais “sujo”, “impregnado” dos princípios da Constituição.

4 CONCLUSÕES

Susanna Pozzollo afirma que o método positivo pode ser adequado à aplicação correta de uma boa Constituição, enquanto a moral pode servir de fundamento para um déspota, pois seria colocá-la na posição de “um novo rei acima do Direito” (POZZOLO, 2003, p.210).

Isto significa que não é o rótulo da teoria que será suficiente para garantir a racionalidade e justiça das decisões proferidas. Ao contrário, teorias que aparentemente tem “boas intenções” são utilizadas de formas equivocadas. Neste sentido é que Lenio Luiz STRECK destaca o fenômeno que infelizmente vem se observando no Brasil, em que se observa uma “mixagem” de teorias incompatíveis entre si (WEBBER, 2013, p.307). E, de acordo com Streck, o resultado disso é um falacioso neoconstitucionalismo, baseado em um panprincipiologismo que nada mais é que uma “fábrica de princípios” *ad hoc*, isto é, em que princípios inexistentes são criados e utilizados das mais diversas maneiras, conforme se pretenda julgar de um ou outro modo.

Quanto a isto, Daniel Sarmiento também ressalta que “uma teoria normativa da hermenêutica constitucional deve demandar dos intérpretes um exercício permanente

³ Metáfora utilizada brilhantemente pelo próprio autor Paulo Ricardo Schier em aula ministrada no Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil – Curitiba (PR), no ano de 2013.

de crítica das tradições e de autocrítica em relação às respectivas cosmovisões” (SARMENTO, 2009, p.317).

Também Virgílio Afonso da Silva destaca que os métodos desenvolvidos em outros países não necessitam ser afastados, mas que “o método adotado não pode existir independentemente da teoria constitucional”, pois não se acredita mais que “o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado” (SILVA, 2005, p.143).

Assim, tanto um modelo de sistema jurídico como uma teoria de interpretação das normas constitucionais deve ser adequada à realidade em que se pretende aplicá-la, que, neste caso, é a realidade brasileira.

Como já se anotou acima, não se pode pensar, na prática, em um modelo unicamente de regras nem mesmo num modelo puro de princípios, sendo claro, portanto, que o modelo a ser adotado é um modelo combinado de regras e princípios. Mas, mesmo que se aplique este modelo, ainda necessita-se de um método interpretativo que, mesmo que aberto à realidade, como propõem os neoconstitucionalistas, seja racional e permita uma controlabilidade igualmente racional das decisões.

Para tanto, compreendemos que, no atual momento constitucional brasileiro, um método adequado seria justamente o da filtragem constitucional, devidamente fundamentada e justificada nas decisões. Isto porque, além de permitir um controle racional das decisões, se efetivamente fundamentadas, este método permite uma conformação de todo o sistema jurídico àqueles princípios reconhecidos como fundantes, relevantes para aquela sociedade, naquele momento histórico. E permite que o direito, em especial a ordem infraconstitucional, possa se vincular àquela reserva de justiça, àquilo que se entendeu por justo, assim como Ulisses determinou que o amarrassem ao barco e não o soltassem, mesmo que futuramente o ordenasse, porque sabia que, se não o fizesse, ao ouvir o canto das sereias, se jogaria ao mar. Também a Constituição deve ser protegida por meio da filtragem constitucional do direito infraconstitucional para que a Carta, na busca de encontrar a realidade a cada vez mais, não se jogue ao mar por ter sido encantada pelo canto da sereia deste panprincipiologismo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. *The argument form injustice. A reply to legal positivism*. Trad.: Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Keelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. *A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico*. São Paulo: RCS, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MULLER, Friedrich. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. CEPC: Madrid, 1989.

PASCHOAL, Gustavo Henrique. Da força normativa da constituição. In: SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Estudos contemporâneos de direito: desafios e perspectivas*. Bauru: Canal 6, 2011. p.47-62.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. POZZOLO, Susanna; DUARTE, Êcio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006. p.75-183.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.317. p.311-322.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito constitucional*. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988*. Texto inédito cedido pelo próprio autor. 2013.

SILVA, João Carlos Carvalho da. Neoconstitucionalismo e discricionariedade judicial. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). *Tutela*

dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal, 2011. p.280-294.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional e sincretismo metodológicos. In: _____. *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: _____. et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de direitos fundamentais e democracia.* 13, p.305-324, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia.* Torino: Trotta, 2007.