

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Felipe Brasil Patel¹

Maurício da Cunha Savino Filó²

Yduan May³

SUMÁRIO

Introdução; 1 Direitos fundamentais; 1.1 Do direito à liberdade de expressão; 1.2 Do direito à privacidade; 1.3 Do direito/dever à segurança; 2 Regras e princípios; 2.1 Positivismo jurídico: um sistema de regras; 2.2 O surgimento dos princípios; 2.3 Colisões entre princípios; 3. Princípios e segurança jurídica; 3.1 Justiça ou segurança jurídica; 3.2 Reflexos da teoria da ponderação de Alexy aplicada no Brasil; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO

Neste artigo abordou-se a técnica da ponderação de princípios, estabelecida pelo jurista alemão Robert Alexy. De início, revelou-se a importância dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico, passando a conceituar as espécies de direitos fundamentais: o direito à liberdade de expressão, o direito à privacidade e o direito/dever à segurança. Analisaram-se os sistemas de direito: positivismo jurídico e o sistema de regras e princípios, bem como estudo de caso concreto, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, discutiu-se a eficácia dessa técnica no Brasil, observando o incentivo ao ativismo judicial e uma forma de se promover a justiça.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the weighting of principles technique created by the German jurist Robert Alexy. It shows the importance of fundamental rights and establish the concepts of the following fundamental rights: free of speech, right to privacy and right/obligation of security. In the sequence, it's analyzed the legal positivism and the rules and principles system, as well concrete case study, judged by the Supreme Court. Finally, the efficacy of the technique in Brazil is discussed observing the incentive to judicial activism and a way to promote justice.

¹ Pós-graduando em Direito Constitucional (felipe.patel@hotmail.com).

² Doutorando em Direito na UFSC. Professor no Curso de Direito da UNESC, advogado. (mauriciosavino@hotmail.com).

³ Doutor em Direito pela UFSC. Professor no Programa de Mestrado e no Curso de Direito da UNESC, advogado (yduan@unesc.net).

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Direitos fundamentais. Ponderação. Princípios. Privacidade. Segurança.

KEYWORDS: Judicial activism. Fundamental rights. Weighting. Principles. Privacy. Security.

INTRODUÇÃO

No presente artigo será estudada a incidência da técnica da ponderação de princípios no Brasil - instituída por Robert Alexy.

Será mostrado como o ordenamento jurídico pátrio utiliza tal técnica e se ela alcança os objetivos que suas premissas determinam.

Para isso, em um primeiro momento estudar-se-ão os conceitos básicos para o entendimento do tema, como o que são e quais as funções dos direitos fundamentais; o que é o direito à liberdade de expressão, o direito à privacidade e o direito/dever de segurança.

Após isso, analisar-se-ão dois modelos de direito para o entendimento do sistema jurídico atual: o positivismo jurídico, de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, e o sistema de regras e princípios, criado por Ronald Dworkin e aperfeiçoado por Robert Alexy.

Em seguida, acessar-se-á um estudo de caso de julgado brasileiro, no qual a decisão se pautou na técnica da ponderação de princípios para sanar a colisão de direitos fundamentais que lá existia.

Finalmente, indicar-se-á a pertinência dessa técnica no ordenamento jurídico brasileiro, sob o aspecto da segurança jurídica e da promoção da justiça.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são direitos mínimos, essenciais à vida individual e social, que servem como viga-mestra de um Estado Democrático de Direito. Existem, pois, para garantir que, em qualquer situação, o princípio da dignidade da pessoa humana será respeitado e o ser humano não será visto como um meio ou objeto, mas sim como um fim em si mesmo.

No Brasil, a Constituição prevê, em seu Título II, direitos e garantias fundamentais⁴, os quais dispendem de substancial importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Esses direitos são formulados por normas, divididas em regras e princípios, cuja principal diferença se encontra no grau de aplicação, o que será melhor estudado no capítulo dois deste artigo.

Entre os direitos fundamentais estão os direitos à liberdade, à privacidade e à segurança, em sentido amplo, conforme se denota dos artigos 5º - direitos e deveres individuais e coletivos – e artigo 6º - direitos sociais -, ambos da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

⁴ Imperioso explanar que os direitos fundamentais não estão somente no Título II da Carta Magna, mas também dispersos por toda a Constituição e até mesmo fora dela (SILVA, 2014).

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2016a).

Em decorrência da fundamentabilidade que as normas de direitos fundamentais preservam, foram criadas diversas teorias dos direitos fundamentais com o intuito de bem estudá-las, elaboradas por autores de renome mundial (Robert Alexy, Ronald Dworkin, Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Friedrich Müller, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet).

Nesse passo, os constitucionalistas dividem os direitos fundamentais em dimensões, são elas: direitos fundamentais de 1ª, de 2ª e de 3ª dimensão⁵.

Tais dimensões de direitos fundamentais têm suas premissas no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Os direitos e deveres individuais e coletivos estão inseridos na 1ª dimensão de direitos fundamentais, são os direitos civis e políticos. Eles têm por titular o indivíduo e mantêm uma relação de oposição ao Estado. Pugnam por uma não intervenção estatal, ou seja, esperam do Estado, por um lado, um não fazer – não desejam que o estado intervenha na liberdade, propriedade etc – e, por outro, uma possibilidade de participação dos cidadãos na vida pública – na política, na sociedade etc (BONAVIDES, 2006, pp. 563/564). Portanto, a 1ª dimensão vislumbra a garantia das liberdades, sejam elas negativas ou positivas. Os direitos de 2ª dimensão, por sua vez, são chamados de direitos sociais, econômicos e culturais. A finalidade deles é a busca da igualdade, não apenas a formal, mas principalmente a igualdade material. Tratam de meios para que se lute pela redução da desigualdade social mediante políticas públicas do Estado. Esses direitos surgiram com a Constituição do México, de 1917, e de Weimar, em 1919, em decorrência da péssima situação social adstrita à Europa na época. O objetivo dessa dimensão de direitos é possibilitar uma igualdade real entre os indivíduos, por meio de uma atuação positiva do estado, garantindo o mínimo existencial ao povo (SILVA, 2014). De seu turno, os direitos relacionados à 3ª dimensão aparecem mais recentemente, com a missão de entender e justificar juridicamente as crescentes descobertas internacionais. São os chamados novos direitos. Agora, o ser humano é visto pela coletividade e seus direitos são respeitados também como ser coletivo que é. Nesse condão se enquadram os direitos ao meio ambiente e à proteção dos consumidores (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 234).

⁵ Paulo Bonavides classifica os direitos fundamentais em 5 (cinco) dimensões. Além das 3 (três) dimensões consolidadas pela doutrina majoritária, o autor cita outras 2 (duas) dimensões, a 4ª e a 5ª. Na classificação desse professor não há mudanças acerca dos direitos de 1ª e 2ª dimensão. Contudo, para ele, os direitos de 3ª dimensão são os direitos de solidariedade e fraternidade, ou seja, os direitos difusos e coletivos; os direitos de 4ª dimensão são os direitos à informação, à democracia e ao pluralismo político. Por fim, Bonavides diz que os direitos de 5ª dimensão se exaurem no direito à paz mundial (BONAVIDES, 2006, pp. 570-574).

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

Cabe explicar, ainda, que tais direitos são universais, detêm historicidade, são inalienáveis/indisponíveis, imprescritíveis e podem ser relativizados. Eles contêm um núcleo mínimo, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode ser afetado; são peculiares em cada local e tempo em que são interpretados; não podem sofrer transação ou disposição de sua titularidade⁶ - porém, podem sofrer limitações em seu exercício (caráter relativo dos direitos fundamentais) - pelo teor fundamental que resguardam; e não sofrem incidência do instituto da prescrição, por não se tratarem de direitos patrimoniais, mas sim, de direitos personalíssimos (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, pp. 239-244).

Ademais, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais percebem aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, sendo que o Estado não pode deixar de aplicá-las por nenhum motivo. Tal entendimento se contempla pela importância do conteúdo adstrito a elas. Assim, dizer que a norma constitucional tem aplicabilidade imediata significa que ela é dotada de todos os meios e elementos à efetivação material que pressupõe (SILVA, 2014).

Ainda quanto aos direitos fundamentais, importante estudo é o do grau de abrangência deles. Nesse caminho, a doutrina moderna ensina que os direitos fundamentais têm eficácia para todos, isso entendido como qualquer relação jurídica. Portanto, quanto às relações jurídicas postas, os direitos fundamentais se subdividem em direitos de eficácia vertical, horizontal e, modernamente, de eficácia diagonal, conforme análise que segue.

À primeira vista, os direitos fundamentais foram criados para regularizar as relações entre os particulares e o Estado. Inicialmente, para que esse não invadisse a liberdade dos indivíduos e, depois, para que garantisse direitos mínimos por meio de políticas afirmativas. Essa é a chamada aplicação vertical dos direitos fundamentais, a qual não merece muitas dilações por ser amplamente conhecida (SARLET, 2012, pp. 373/374). Por outro lado, a eficácia horizontal é um tema que gera certa polêmica. Segundo ela, os direitos fundamentais devem ser respeitados não só nas relações particular-estado, como também nas relações particular-particular. Destarte, os direitos fundamentais devem ser observados em qualquer relação negocial, seja no âmbito público, seja no privado – corroborando a ideia de limitações de direitos para preservações de outros direitos (SARLET, 2012, p. 383).

Por fim, é de se convir que algumas relações privadas detêm tanta disparidade entre as partes que botá-las em um patamar de igualdade seria o mesmo que promover a injustiça. Em face disso, a jurisprudência brasileira está firmando o entendimento da criação de uma nova classificação da eficácia das normas de direitos fundamentais: a eficácia diagonal. Essa nada mais é que a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares que estejam em situações de extrema desigualdade (é o caso de um empregado e de uma

⁶ Cabe salientar que atualmente a temática da disposição dos direitos fundamentais é um tema polêmico, tanto no Brasil como no resto do mundo. A afirmação geral de que os direitos fundamentais são indisponíveis não é mais aceita pacificamente. Há doutrinadores que seguem a linha da indisponibilidade de tais direitos e há outros que aceitam uma ponderada disponibilidade deles, em face de excepcionais situações. Porém, nenhuma das teses consegue ofertar uma única resposta para os problemas que seja capaz de se adequar a toda e qualquer situação (MARTEL, 2008, pp. 218/219).

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

grande empresa). Nesse sentido, o respeito aos direitos fundamentais também deve ser estritamente resguardado, com maiores benefícios à parte desigual da relação negocial (BRASIL, 2016c).

Como já falado, os direitos fundamentais podem ser restringidos. Isso porque em determinadas situações é pertinente que determinado direito prevaleça sobre outro.

Essas restrições se dão para garantir liberdades, privacidade, segurança. Em vista disso, o direito à intimidade, à privacidade e à segurança pública são exemplos de direitos com força para restringir as diversas espécies de liberdade, em determinados casos, ao passo que, a título de exemplo, não é crível que alguém utilize de sua liberdade de expressão para ferir, consideravelmente, a privacidade de outrem ou que insira alguma ameaça ou afete a integridade física de seu semelhante (BONAVIDES, 2006).

Tal situação será posteriormente revista, já que é o ponto principal que se quer investigar com o presente artigo.

1.1 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Um Estado Democrático se pauta pelo direito à liberdade. Na democracia, para garantir a cidadania e a dignidade do povo, a liberdade deve estar plenamente arraigada, em todas as suas modalidades, encaixando-se aqui a liberdade de expressão ou de pensamento, de locomoção, de religião. Isso é o ideal mínimo de um Estado Democrático.

Considerando a ausência de um conceito único para a liberdade, tem-se como válido o utilizado por José Afonso da Silva:

Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe (2014, p. 234).

Complementando, tem-se o conceito de liberdade exposto no artigo 4º, da “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”, de 1789:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (ONU, 2016).

Outro ponto a ser considerado é a relevante distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa. Em síntese, a liberdade negativa é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido ou de não agir sem ser obrigado; e a positiva é a possibilidade de orientar suas escolhas, poder fazê-las a seu bel juízo.

Contudo, há de se ressaltar que a liberdade não pode ser intacta, pois levaria a democracia a uma anarquia. A liberdade é um direito essencialmente antissocial, mas ela deve ser amoldada a garantir o bem-estar social. Por isso, livres são aqueles que vivem em

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

um Estado cuja ordem social é a expressão de suas vontades, não das vontades individuais de cada cidadão, mas da vontade social ou política, aquela que é tomada pela maioria do povo (VENERIO, 2010, pp. 101/102).

Dito isso, é de se destacar que as liberdades garantidas pela vontade da maioria do povo podem e devem ser restringidas, pois somente assim haverá limites impostos às pessoas para que toda a sociedade goze das liberdades e não só um ou outro indivíduo ou grupo (BONAVIDES, 2006).

Não obstante, a Constituição Federal, ao garantir o princípio instituído no artigo 5º, inciso II, trata a liberdade como a regra no ordenamento jurídico brasileiro, sendo sua restrição possível apenas de forma excepcional (SILVA, 2014, p. 238).

Por fim, sabe-se que existem vários tipos de liberdade de expressão, podendo-se destacar a liberdade de opinião, liberdade de comunicação ou de manifestação do pensamento, liberdade religiosa, liberdade de expressão intelectual, artística e científica, liberdade de comunicação do conhecimento.

1.2 DO DIREITO À PRIVACIDADE

Diferentemente das liberdades que dão ao seu titular, em tese, um poder para fazer e ser o que quiser, a privacidade concede ao titular um poder para não deixar que outros afetem o seu íntimo.

Para José Afonso da Silva, a privacidade é um gênero que tem como espécies a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos. Ele a conceitua como algo que cada pessoa pode decidir manter sobre seu exclusivo controle ou não, sendo que ela abrange um considerável círculo de direitos, como o familiar, o doméstico, o do pensamento, a crença, as origens, os planos futuros. Formidavelmente, o juiz americano Cooly, consubstanciou a privacidade como o direito de estar só, de se deixar tranquilo (2014, p. 208).

A intimidade deve ser observada na esfera secreta da vida de cada cidadão, na escolha de cada um em esconder seus segredos mais íntimos, é o que justifica o fato de a casa ser um asilo inviolável, de a correspondência e comunicação telefônica serem sigilosas e a possibilidade de se locupletar do segredo profissional. Já a vida privada é um pouco mais ampla que a intimidade, ela se desdobra na ideia de cada um ter o direito de viver sua própria vida sem ser incomodado por terceiros, de ser o que quiser e do jeito que quiser (com os limites legais, claro). Relaciona-se, ainda, com a vida interior, aquela feita privativamente e que não se quer tornar pública (SILVA, 2014, pp. 208-211).

No mais, tem-se a honra e a imagem. Elas se tratam, em verdade, de direitos da personalidade e não de privacidade, porém, pelo fato de estarem interligadas à privacidade, serão devidamente aqui colocadas.

A honra pode ser esclarecida “como o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa humana” (SILVA, 2014, p. 211), assim, relaciona-se com a privacidade na medida em que tudo o que puder violar a dignidade pessoal poderá ser guardado

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

secretamente. A inviolabilidade da imagem está adstrita ao aspecto físico de cada um, podendo ser também deixado em segredo todo o tipo de informação que se relacione a seu corpo biológico.

Exaurido mais um direito fundamental, é devido que se passe ao estudo de um direito que também é dever do Estado prestá-lo positivamente.

1.3 DO DIREITO/DEVER DE SEGURANÇA

A segurança é um dever prestacional do Estado – no âmbito da segurança pública, o Estado deve efetivá-la; quanto à segurança jurídica, o Estado deve mantê-la -, conforme exposto no artigo 6º da Carta Magna vigente.

Quis dizer, a Constituição, que a segurança, além de ser um direito fundamental, também é um dever prestacional do Estado, pois elencado no artigo 6º da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais.

Aliás, importante ressaltar que os direitos sociais demandam prestações positivas do Estado, visando à isonomia substancial (real). Nessa senda, Narbal Antonio Mendonça Fileti chama a atenção para dois aspectos dos direitos sociais:

Os direitos sociais podem ser entendidos em dois sentidos: o objetivo, como o conjunto das normas mediante as quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais; e o subjetivo, como a faculdade dos indivíduos e dos grupos em participar dos benefícios da vida social, traduzindo-se em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos (2009, p. 63).

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que esses direitos compõem um complexo emaranhado de posições jurídicas, ao passo que encontram sua razão de ser na circunstância de que o ser humano é um ser social e, por isso, o objetivo dos direitos sociais é, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de prestações efetivas, seja pela proteção do equilíbrio na esfera das relações sociais (2012).

Destarte, tratando-se especificamente da segurança pública, é pertinente que se destaque que ela é “a manutenção da ordem pública interna” (SILVA, 2014, p. 789), devendo ser prestada pelo Estado para, essencialmente, tornar viável a satisfação de outros direitos. Se assim não for, finda-se o Estado de Direito e surge o Estado de Exceção.

Como já dito, o serviço público de segurança é um direito individual e um dever estatal. Assim, ora ele pode preservar um direito de cada indivíduo, ora ele pode restringir um direito individual. Explica-se: a segurança preserva um direito quando garante que uma situação jurídica já concretizada ou um direito fundamental reconhecido não seja alterado ou violado por qualquer decisão arbitrária. Outrora, a segurança restringe um direito individual quando esse direito está sendo exercido em excesso, indo contra a pacífica convivência social e afetando direitos individuais alheios (SILVA, 2014).

Nas duas formas citadas é o Estado que deve garantir a segurança das relações jurídicas, concedendo uma ponderação⁷ entre os direitos fundamentais alavancados para saber qual prevalecerá no caso concreto.

⁷ No item 2.3 será detalhadamente estudada a técnica da ponderação entre princípios.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

Além do mais, a segurança pública é um direito também da coletividade. Não há sociedade sem regras a serem cumpridas, não há povo sem ordem. Assim, acabar ou dirimir o dever prestacional do Estado de garantir segurança é um claro exemplo de retrocesso social ou “efeito cliquet”. O princípio da proibição de retrocesso social garante que, se uma norma de direito fundamental que acarrete uma prestação positiva do Estado alcançar determinado grau de efetividade, ao legislador ou ao aplicador do direito não é permitido que deixe de aplicá-la ou diminua sua aplicação sem que crie outra forma, com a mesma efetividade, de suprir a lacuna ocasionada pela abstenção da prestação social retirada (FILETI, 2009, p. 157).

Por outro lado, é novo o entendimento de que a prestação de segurança não deve ser exercida somente pelo Estado, por meio dos peculiares tipos de polícia. A nova política de segurança pública prevê que o Estado trabalhe em conjunto com a população, sendo responsabilidade de ambas as partes promover a segurança pública e garantir a paz social (SILVA, 2014, p. 791).

Porém, o que deve ser feito caso direitos fundamentais deem soluções jurídicas contraditórias? Qual a solução para uma possível colisão entre direitos fundamentais? Essas provocações serão adiante estudadas e, certamente, dirimidas.

2 REGRAS E PRINCÍPIOS

Conceituados os temas a serem discutidos neste trabalho, passa-se à grande sacada do artigo: a análise da efetividade do atual sistema de direito brasileiro, que é um sistema de normas, consubstanciadas em regras e princípios.

Para entender como tal maneira de pensar o direito surgiu, é de bom grado que se passe a uma breve reflexão histórica, mostrando como pensadores do século passado viam o direito e como esse foi evoluindo ao longo dos anos, até chegar ao atual sistema implantado no Brasil e em grande parte do mundo ocidental.

Inicia-se, assim, com o positivismo jurídico e depois chega-se ao modelo de regras e princípios, voltado à hermenêutica jurídica, extremamente difundido nos sistemas legais do lado ocidental do globo.

2.1 POSITIVISMO JURÍDICO: UM SISTEMA DE REGRAS

O sistema jurídico que vigorou até o final do século passado foi o positivismo jurídico, o qual quebrou a ideia de direito natural para implantar a concepção de direito positivo - direito escrito.

Essa revolução na sociedade jurídica veio em razão da mudança da visão de mundo das pessoas, ocasionada, dentre outros fatores, pelo descobrimento da América em 1492.

Naquela época, o mundo, que era essencialmente teocêntrico, virou antropocêntrico. Deus deixou de figurar no centro do universo e o homem passou a ocupar tal lugar. Dessa maneira, a utilização das bases teocêntricas para legitimar o Direito, como disposições naturais, divinas e imutáveis, perdeu espaço no cenário mundial para o direito dos Códigos, o direito positivado. A norma, para ter força cogente, deve, agora, estar disposta em um documento legal (WOLKMER, 2012).

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

Desta feita, surgiu o positivismo jurídico, o qual tem Hans Kelsen e H. L. A. Hart como principais juristas defensores.

Em amparo ao positivismo jurídico, no livro *Teoria Pura do Direito*, Kelsen mostra o direito como sendo algo puro, isento de juízos de valor e imune a qualquer outro ramo social, como política, religião etc. Nesse livro, o jurista Alemão destoa acerca de um sistema de direito baseado no escalonamento de normas/regras, que apenas podem ser válidas ou inválidas (1984). Para concluir se uma regra é válida ou inválida é necessário verificar o seu processo de criação. Assim, uma regra possui validade apenas se for feita por uma autoridade competente e se estiver de acordo com as normas superiores até que se chegue à norma hipotética fundamental – norma suposta que dá validade a todo o sistema jurídico, para Kelsen (1984).

Enfim, a *Teoria Pura do Direito* enxerga as normas apenas quanto à sua forma, não observando seu conteúdo (aspecto material). Logo, para Kelsen, o Nazismo era válido e legítimo, ainda que as normas lá existentes fossem injustas (1984).

Do mesmo modo, H. L. A. Hart defendia o positivismo jurídico como meio de legitimidade para o direito. Ele se baseou no modelo de Kelsen para criar sua maneira de pensar o direito, nos mesmos cânones positivistas, porém, com algumas mudanças substanciais.

Uma delas é a relevante distinção entre as regras existentes em um ordenamento jurídico. Para Kelsen, as normas sempre têm caráter proibitivo. Hart não concorda com tal afirmação e distingue as regras em primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações às pessoas, v. g., são as regras de direito penal, que dizem ser proibido furtar, matar. Já as regras secundárias abrangem o processo de formação das regras, como questões de competência, de alteração, de revogação, entre outras. Assim, elas se interligam para dar dinamismo ao sistema de direito que integram (HART, 1986).

No modelo jurídico de Hart, a chamada norma hipotética fundamental, de Kelsen, era denominada regra de reconhecimento. Em outras palavras, a regra de reconhecimento era a regra secundária fundamental, que dispunha validade a todas as outras regras. Assim, para a declaração de validade de uma regra é necessário que se remonte a uma complexa cadeia de validade de regras superiores até se chegar à regra de reconhecimento – que, diferente do pensar de Kelsen, é um fato e não uma suposição (HART, 1986).

Sem embargo, tanto para Kelsen, quanto para Hart, o sistema de direito era formado tão somente por regras⁸, que ou eram válidas ou eram inválidas. Por oportuno, na existência de um conflito entre regras, a solução resta apaziguada no campo da validade. Logo, uma regra deve ser considerada válida e a outra deve ser extirpada do ordenamento jurídico, ou seja, a solução de um conflito entre regras é aplicar uma no “tudo” e outra no “nada”.

2.2 O SURGIMENTO DOS PRINCÍPIOS

⁸ Salienta-se que Hart aceitava que algumas regras tinham padrões mais amplos. Ele as denominava de “regras de textura aberta”, o que remonta a um início da ideia de princípios.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

Contrários a este modelo Juspositivista de regras estão, dentre outros autores, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ambos aceitam a existência de regras nos sistemas jurídicos, porém, em razão da generalidade de algumas normas, defendem a existência também de princípios.

Dessa maneira, para eles, um ordenamento jurídico é formado por normas, que se subdividem em regras ou princípios.

Dworkin foi o primeiro a falar em princípios. O autor assim denominava o que eles seriam:

[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (2002, p. 36).

Por sua vez, Robert Alexy explica que os princípios são mandamentos de otimização, por tratarem de assuntos com alto grau de generalidade e darem somente um caráter *prima facie* ou um norte ao aplicador do direito para tomar sua decisão. Nas palavras dele:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2008, p. 90).

Portanto, ao considerarem que normas são às vezes regras, às vezes princípios, Alexy e Dworkin tratam de diferenciá-las.

O primeiro defende que as regras são mandamentos de concretização, por disporem sobre temas com grau de generalidade relativamente baixo, muito mais específicos do que os dos princípios. Elas têm caráter definitivo, “[...] são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* [...]” (ALEXY, 2008, p. 91).

Na mesma linha, Dworkin trata essa diferença de forma lógica. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Ao estipular determinado fato, a regra ou é válida, e o fato deve ser por ela regido e aceito, ou é inválida, e nada deve contribuir para a decisão. Logo, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida e deve sair do ordenamento jurídico (2002, p. 39 e p. 43).

Retornando para os princípios, é de suma importância citar o caso *Riggs contra Palmer*, em que um princípio foi usado para frustrar a aplicação de uma regra. Em 1889, um Tribunal Nova-iorquino teve de decidir se um herdeiro, nomeado no testamento de seu avô, receberia a herança mesmo tendo assassinado o próprio avô com tal objetivo. O Tribunal, *prima facie*, trouxe à pauta a Lei que concede o direito ao herdeiro testamentário de receber sua parte da herança, conforme o disposto no testamento. No entanto, o órgão julgador prosseguiu observando que as leis podem ser limitadas por máximas gerais e fundamentais da *common law* e, em vista disso, a ninguém é permitido locupletar-se da própria fraude. Assim, o assassino não recebeu a herança (DWORKIN, 2002, p. 37).

Portanto, a ideia de princípio se atrela a um ativismo do intérprete para dar ao caso concreto uma solução mais adequada.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

2.3 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS

Os direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, a privacidade e a segurança (jurídica ou pública), normalmente, são denominados princípios, por terem as características expostas no subcapítulo anterior.

Desta feita, eles devem ser respeitados na maior medida possível e, em respeito à ausência de hierarquia entre normas constitucionais (exegese dos princípios da força normativa da Constituição e da unidade da Constituição) e por seu conteúdo fundamental, necessitam de um fundamentado sopesamento em cada caso concreto para que o mais justo prevaleça (ALEXY, 2008).

Em razão disso, e considerando que, eventualmente, em um ordenamento jurídico, a lei - em sentido amplo - pode entrar em rota de controvérsia com ela mesma, ocasionando soluções diferentes para um só caso, o direito não pode se eximir de decidir, mas sim, criar técnicas para findar essa celeuma. Essas técnicas se alternam caso seja um conflito entre regras ou uma colisão entre princípios.

No âmbito das regras, conforme já demonstrado, a técnica para resolver um possível embate entre regras de mesma hierarquia é a subsunção, ou seja, faz-se um adequado juízo de valor acerca do caso concreto e das regras aplicáveis a ele, concluindo qual é a que deve ser aplicada, refutando do ordenamento jurídico a outra regra conflitante – a não ser que haja uma cláusula de exceção⁹ nela (ALEXY, 2008, p. 92-93).

De outro norte, em havendo uma colisão entre princípios, deve-se analisar qual deles prevalece no caso concreto, e se lê aqui exatamente nos termos escritos: “qual deles prevalece no caso concreto”. Assim, pode-se perceber que, diferentemente das regras, a colisão de princípios não enseja a invalidação de algum deles no ordenamento jurídico, mas somente a sua precedência ou não em determinado caso da vida real. A relação de precedência dos princípios não é absoluta, depende das possibilidades fáticas de cada caso em que se analisa (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Conclui-se o diagnóstico com as palavras do jurista alemão Alexy “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (2008, p.94).

Assim também é o pensamento de Dworkin, já que trata a colisão entre princípios como um embate na dimensão do peso e prevalência no caso prático, não interferindo na existência do princípio inutilizado, eis que apenas não se amolda ao caso verificado, mas continua válido a incidir em outros casos jurídicos (DWORKIN, 2002, p. 41-42).

Aliás, os dois autores pensam de forma muito parecida acerca do modelo jurídico de normas. Contudo, diferente de Dworkin – que tratava as normas como regras ou princípios -, Alexy demonstra que os direitos fundamentais, por sua alta relevância, podem

⁹ Entende-se como uma cláusula que pode constar na regra para, em determinados casos, ela não incidir sob algumas condições. Exemplificando: uma regra que proíba a entrada de animais em certo local detém a cláusula de exceção que prevê a possibilidade de um cego entrar neste local com seu cão-guia.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

ser, por vezes, regras, por vezes, princípios e podem, até mesmo, ter caráter duplo, sendo uma regra e um princípio ao mesmo tempo, o que complementa a Teoria de Dworkin (ALEXY, 2008, p. 141-144).

Nesse sentido, o jurista Alemão desenvolveu a técnica (criada por Dworkin), utilizada para a solução de colisão entre princípios: a ponderação ou o sopesamento, que, nas palavras de Ana Paula de Barcellos, é sucintamente conceituada assim:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis [...] aos quais o raciocínio da subsunção não é adequado. [...] O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias (2008, p. 55).

Destarte, para solucionar tais casos se aplica a técnica da ponderação, que, após exaustiva fundamentação jurídica, concede ao aplicador do direito o poder de instituir o princípio que julga ter precedência no caso concreto, afastando a incidência do princípio colidente.

Antes de adentrar no núcleo dessa técnica, cabe explicar como funciona outra técnica criada por Alexy: a chamada máxima da proporcionalidade. Nela, exige-se uma vasta análise para constatar se a medida que violou algum princípio fundamental é realmente ideal. Desmonta-se em três etapas, reconhecidas como máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – essa última é o sopesamento em si (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A máxima da proporcionalidade deve ser empreendida quando há um ato, estatal ou privado, que, para assegurar um determinado princípio, acaba por violar outro. Neste aspecto, o ato realizado deve passar pelo crivo das três máximas parciais supracitadas, com o fim de continuar vigente ou de ser afastado do meio social.

A primeira fase é a adequação. Nela, deve-se mensurar se o meio empregado para a realização do ato em comento foi devidamente adequado para o fim válido buscado pelo Estado. Se a resposta for sim, passa-se à verificação da segunda fase da proporcionalidade. Nesse momento, far-se-á um juízo de necessidade da medida especulada. Aqui não basta que o meio seja adequado, ele deve ser o mais adequado possível, em outras palavras, deve ser o meio mais eficaz e menos danoso para a obtenção do fim auferido. Se, ainda assim, for percebido que há mais de um meio adequado e necessário, chega-se à fase derradeira da máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008).

A terceira fase, denominada de proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é que um sopesamento realizado entre os princípios que garantem a medida estatal e que a refutam. É o momento em que será feita a ponderação entre os princípios que, *prima facie*, deveriam prevalecer no caso concreto. Essa ponderação é a resposta para se chegar ao esclarecimento do caso concreto. A medida mais proporcional sempre será aquela em que o grau de satisfação do princípio constitucional fomentado justifique o grau de intervenção do princípio constitucional restringido (ALEXY, 2008).

Por fim, Alexy explica em que tipos de possibilidades cada fase da máxima da proporcionalidade decorre:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (2008, p. 118)

Após essa breve aula sobre a máxima da proporcionalidade, é crível dizer que o sopesamento só acontece no âmbito da importância de peso, grau e valor entre princípios de mesma hierarquia. Portanto, um princípio que prevalece sobre outro em um determinado caso, pode em outra ocasião deixar de prevalecer.

Não obstante isso, há quem refute a utilização de tal técnica no Brasil. Lênio Luiz Streck argumenta que a técnica da ponderação é uma abertura para o casuismo judicial, alimentando uma grande insegurança jurídica. Ele finaliza lembrando que as Cortes Superiores do Brasil, fundamentando suas decisões na ponderação, fazem o que querem com o direito e, por isso, é contrário à utilização da técnica da ponderação no Poder Judiciário Brasileiro (2014).

Tal polêmica acerca da aplicação desta técnica tão influente no mundo será analisada no capítulo seguinte.

3 PRINCÍPIOS E SEGURANÇA JURÍDICA

Ao se reputar que um ordenamento jurídico é composto por normas, divididas em regras e princípios, é dado ao aplicador do direito um imenso grau de abertura para suas decisões, em vista da possibilidade de usufruir do alto grau de generalidade dos princípios. No entanto, tal ideia serve para contemplar uma das premissas do ordenamento jurídico, qual seja, a completude.

Todavia, existindo esse alto grau de liberalidade no texto Legal, pode ocorrer que casos parecidos tenham resultados diversos e, conseqüentemente, levar ao aniquilamento da segurança jurídica.

Nesse viés, consolida-se a crítica da utilização da técnica da ponderação para resolver os casos difíceis no Brasil. É visível que, em determinados casos concretos, as Cortes Superiores Brasileiras simplesmente os decidem da forma que seus membros pensam ser a mais correta, fundamentando a decisão, tão somente, em uma ponderação ali sucedida, sem maiores digressões acerca do que e por que foi ponderado, levando a uma lógica incerteza jurídica.

Esse aspecto de insegurança jurídica voltará a ser analisado adiante.

3.1 JUSTIÇA OU SEGURANÇA JURÍDICA

Falando-se em princípios, assoma-se em um tema muito discutido atualmente no direito: o ativismo judicial.

Em breves palavras, o ativismo judicial pode ser considerado um movimento que faz dos juízes (intérpretes/aplicadores do direito) os grandes promovedores da “justiça”, pautando-se as decisões em uma interpretação à margem da Lei, buscando, por assim dizer, a “justiça”. Nesse passo, havendo omissões nos textos legais, o juiz pode buscar o

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

direito mediante outros meios, que não a mera subsunção do fato à norma, tais como a analogia, a técnica da ponderação, o uso dos costumes etc.

Esse movimento teve início nos Estados Unidos e na Alemanha. No primeiro país, surgiu graças ao modelo de direito lá executado, o *common law*. Basicamente, esse modelo relata que o direito é feito por meio das decisões judiciais, dos casos concretos vem a norma. Por isso, há a importância de se deixar um grande lastro ao juiz para a decisão dos conflitos.

Na Alemanha, no mesmo sentido, o ativismo judicial teve início em virtude das ponderações feitas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão para decidir os casos mais complicados, que não tinham saída apenas no uso da Lei. Normalmente, essas decisões eram pautadas na moral e na justiça. Daí veio a técnica que se estuda neste artigo, do jurista Robert Alexy, denominada de técnica da ponderação.

Influenciado por este novo modo de pensar o direito, o Judiciário brasileiro abraçou o ativismo judicial e justificou sua conduta na inércia do Poder Legislativo em efetuar sua atividade típica. Assim, os próprios juízes começaram a promover a “justiça” por intermédio de suas próprias decisões.

De outro norte, é sabido que no Brasil se preconiza a ideia de segurança jurídica muito mais do que a compreensão da própria justiça. Isso se deve ao fato, talvez, de a democracia não ter sido sempre o regime adotado nesta pátria, já que há pouco tempo o regime militar reinava por aqui.

É visível nos discursos dos brasileiros, seja pelo povo, seja pelos juristas, a prevalência da segurança jurídica, para que não se perca direitos, para que se punam os crimes efetivamente etc. Vê-se, pois, que o discurso atual tem um sentido de jamais deixar que a democracia seja botada de lado para que a “justiça” seja feita.

Outrossim, o modelo da ponderação, em razão de seu alto grau de generalidade – e, consentaneamente, de insegurança jurídica -, é deverás criticado no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 REFLEXOS DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY APLICADA NO BRASIL

Ainda que haja muitas críticas ao ativismo judicial, parece que a concepção que ele carrega é de suma relevância para a evolução do direito e para a concretude do princípio da separação dos poderes e da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Explica-se. Um caso polêmico que chegou ao Supremo Tribunal Federal e teve seu deslinde fundamentado de acordo com a técnica da ponderação de princípios, foi a ADI nº 4815, mais conhecida como “ADI das Biografias não autorizadas” (BRASIL, 2016b).

Nesta Ação, o STF fez uma ponderação de princípios entre o direito à liberdade de informação e o direito à privacidade, intimidade e honra, para findar a dúvida acerca da necessidade de autorização do biografado para que jornalistas publicassem sua biografia.

Resumidamente, de um lado estavam os artigos 20 e 21 do Código Civil, os quais determinam que a divulgação de escritos relacionados a qualquer pessoa só pode ser divulgada com a autorização dela e que a intimidade e vida privada são invioláveis, e de outro estava o direito à liberdade de expressão, elencado nos artigos 5º, IX, e 220, § 2º, da Constituição Federal, que dispõem acerca do direito à liberdade intelectual, artística etc e vedam qualquer forma de censura.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

Assim, a Corte Suprema fez um sopesamento entre os aludidos direitos fundamentais e decidiu que o direito à liberdade de expressão prevalece ao direito de privacidade no caso em apreço, declarando que biografias não precisam de autorização do biografado para serem publicadas, o que não retira o direito desse de buscar eventual indenização por dano moral em caso de excessos cometidos (BRASIL, 2016b).

Diante desse veredito, percebe-se claramente a utilização da técnica da ponderação no direito brasileiro, já que a decisão afastou uma regra contida expressamente no Código Civil para satisfazer um princípio exposto na Constituição Federal.

Esse é apenas um caso em que foi realizado um sopesamento como forma de resolução do conflito. Outro exemplo de mesma magnitude é a Lei 12.965/14, denominada de Marco Civil da Internet. No referido diploma legal, houve uma clara ponderação dos princípios de liberdade de expressão, privacidade e segurança na esfera digital, eis que essa Lei, dentre outros tópicos, cria meios que efetivam a punição de ilícitos virtuais, mitigando, sem sombra de dúvidas, os direitos à privacidade e à liberdade de expressão, com o objetivo de garantir a segurança da Internet brasileira (GODINHO; ROBERTO, 2014, p. 746).

Em contrapartida, há defensores de que decisões pautadas na ponderação não têm pontos positivos para o direito brasileiro. Isso porque os juízes banalizam a técnica da ponderação, utilizando-a quando querem decidir, mas não encontram o fundamento. Então, falam da técnica de Alexy e simplesmente decidem de acordo com suas convicções pessoais, de forma totalmente atécnica, acarretando em uma inevitável insegurança jurídica (STRECK, 2014).

Contudo, não é o que se conclui da grande parte dos julgados em que mencionada técnica foi manejada. Verifica-se, pois, que o ordenamento jurídico escrito não é completo – e nem teria como ser, já que as condutas humanas e a capacidade de renová-las são infinitas – e, graças a isso, é de extrema necessidade que existam meios para completá-lo.

Um desses meios é, sem dúvida, a ponderação de princípios, que visa, unicamente, averiguar os direitos colidentes e atentar àquele que mais se aproxima da justiça.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que direitos fundamentais sempre devem ser efetivados na maior medida possível e, em indesejáveis colisões entre eles, cabe ao intérprete utilizar-se da hermenêutica jurídica, seja pela técnica da ponderação, seja por outro meio de integração de normas, para solucionar a lide de uma maneira justa.

É certo que descobrir qual é a forma mais justa não é fácil, porém, pelos critérios objetivos que a técnica de Alexy trouxe ao Direito, tem-se um ponto de partida para o aplicador do direito solucionar demandas complicadas de um jeito que proteja direitos e não os destrua.

Portanto, há de se perceber duas coisas: primeiro, que um sistema jurídico é composto tanto de regras, quanto de princípios; e segundo, que a técnica da ponderação é uma relevante forma de se manter a completude de um ordenamento jurídico, ceifando as antinomias ou lacunas eventualmente existentes.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. [s.l.]: Malheiros Editores, 2008. 660 p. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. [s.l.]: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov 2016a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815. Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL). Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>>. Acesso em: 15 nov. 2016b.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 7894-78.2010.5.12.0014. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DF, 28 de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, 06 set. 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24126966/recurso-de-revista-rr-78947820105120014-7894-7820105120014-tst>>. Acesso em: 14 nov 2016c.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. 568 p. Tradução de Nelson Boeira.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentabilidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GODINHO, Adriano Marteleto; ROBERTO, Wilson Furtado. A guarda de registros de conexão: o marco civil da internet entre a segurança na rede e os riscos à privacidade. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

Felipe Brasil Patel

Maurício da Cunha Savino Filó

Yduan May

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. Dr. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Sujeitos de pesquisa no ordenamento jurídico brasileiro: um exame civil-constitucional da autolimitação de direitos fundamentais. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Oviski de (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares*. Curitiba: Multideia, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ONU. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 14 nov 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. [s. L.]: Livraria do Advogado, 2014.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *A concepção de democracia de Hans Kelsen: relativismo ético, positivismo jurídico e reforma política*. Criciúma: Unesc, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.