

O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador

Guilherme Sandoval Góes¹

Resumo

O presente trabalho acadêmico se propõe a analisar o novo panorama constitucional (neoconstitucionalismo) e em especial a dogmática dos direitos fundamentais. Partindo-se das teorias do núcleo essencial, almeja-se desenvolver elementos teóricos para a fixação de uma estrutura normativa tridimensional dos direitos fundamentais. Tal *concepção estrutural tridimensional* é composta de um núcleo essencial (*área nuclear*), avança para uma parte ponderável (*área de ponderação de valores*) até, finalmente, atingir o último estágio hermenêutico, qual seja, a *área metajurisdicional*, parte juridicamente insindivisível atribuída à liberdade de conformação do legislador ordinário. A estrutura normativa tridimensional sugerida, embora não tenha o condão de elidir por completo a subjetividade das decisões judiciais, permite visualizar com mais clareza as etapas a serem percorridas pelo exegeta no ato de transformar o texto da norma em norma propriamente. Para além disso, a concepção de uma estrutura normativa tridimensional pode contribuir para o aperfeiçoamento da aplicação dos princípios da proteção do núcleo essencial, da concordância prática, da proporcionalidade e da separação de poderes.

397

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Dogmática dos direitos fundamentais. Núcleo essencial. Eficácia metajurisdicional.

Abstract

This article proposes a methodological organization of the 'balancing' technique and introduces some standards to guide the interpreter when using it, all in order to improve the rationality and judiciousness of decisions made through a balancing process. So this article exposes and explains the proposal mentioned before, which consists in organizing the balancing process so that it follows three systematic phases. Each of these phases tries to deal with some methodological and argumentative topics. Even though the model suggested is not able to guarantee by itself the predictability of the decision made at the end of the balancing process, it does offer a clearer vision of the steps the interpreter must take and the concerns he must have through the way. On doing that, this model adds methodological consistence to the balancing technique and makes its evaluation and review a lot more possible, reducing considerably the subjectiveness of the decisions.

Key-words: Neoconstitutionalism. Post-positivism. Human's rights framework. Essential core.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UERJ; Coordenador e Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá; Coordenador de Direito do Campus Tom Jobim da Universidade Estácio de Sá; membro do Corpo Permanente da Escola Superior de Guerra e Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército.

Introdução

A dogmática dos direitos fundamentais vem passando por transformações paradigmáticas nesses tempos de reconstrução pós-positivista do Direito. Com rigor, o constitucionalismo pós-moderno busca superar a aplicação mecânica da lei, na qual juízes e tribunais se limitam a aplicar silogisticamente o Direito (paradigma axiomático-dedutivo).

Sob a ótica do positivismo jurídico, o Direito é vislumbrado como um sistema fechado de regras jurídicas, o que evidentemente coloca os princípios constitucionais como meros comandos morais, desprovidos de força normativa. Ora, hoje em dia, a situação é totalmente distinta e a cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados ao modelo vigente de interpretação constitucional, que a melhor doutrina denomina de neoconstitucionalismo.

Como bem destaca Luís Roberto Barroso, a “dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou *princípioalismo*”.² Na visão do eminente constitucionalista, trata-se, na verdade, de um esforço de superação do positivismo normativista, que, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo, busca atribuir normatividade aos princípios, bem como desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana.³

398

Destarte, já não se tem mais qualquer dúvida sobre a nova hermenêutica dos direitos fundamentais, edificada no eclipse do positivismo jurídico e na ascensão exegética da dignidade da pessoa humana. Eis aqui a essência da reconstrução neoconstitucionalista do direito contemporâneo, qual seja a superação da racionalidade linguístico-substantiva ligada ao texto da norma que cede à racionalidade discursiva associada à dimensão retórica das decisões judiciais. Agora, a normatividade do Direito não se atrela tão somente ao conteúdo da norma em abstrato, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão pela *consciência epistemológica* da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.⁴

Com o objetivo de realizar a Constituição, o exegeta contemporâneo não pode mais ficar adstrito à norma-dado (*prius* da interpretação constitucional), mas, sim captar seu verdadeiro sentido e alcance a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto. Neste mister, haverá, então, de refletir acerca do melhor caminho hermenêutico a seguir, sabendo, no entanto, que sua norma-decisão já devidamente interpretada irá enfrentar o controle subjetivo da sociedade como um todo.

Assim sendo, a proposta acadêmico-científica deste artigo é sugerir uma concepção estrutural dos direitos fundamentais que leve em consideração o conceito de núcleo

² Sob o título de “neoconstitucionalismo, interpretação constitucional e judicialização das relações sociais no Brasil” no prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³ Para uma visão completa acerca da nova interpretação constitucional, *vide* BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

essencial e o processo de ponderação de valores com esboço no princípio da proporcionalidade e no princípio da concordância prática. Com rigor, nossa intenção é compor um conjunto metodológico-conceitual capaz de descrever o conteúdo total dos direitos fundamentais.

Neoconstitucionalismo, constituição compromissória e núcleo essencial dos direitos fundamentais

No plano hermenêutico, a perspectiva neoconstitucionalista do Direito dá nova feição para a aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais, na medida em que imprime força jurídica à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Abre-se um novo espaço dogmático, no qual a eficácia social dos direitos fundamentais é alcançada a partir da força normativa dos princípios constitucionais.

Destarte, o primeiro passo é reconhecer, com Robert Alexy, a insuficiência do positivismo jurídico na solução dos casos hodiernos que envolvem a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia. Nesse diapasão, o eminente autor destaca quatro grandes motivos que infirmam a aplicação mecânica da lei, patrocinada pelo paradigma tecno-formal do positivismo jurídico, quais sejam: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como, (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.⁵ É bem de ver, portanto, que o positivismo jurídico não consegue lidar com os elementos centrais da reconstrução dogmática contemporânea calcada na força normativa do catálogo de direitos fundamentais, que se colocam acima das próprias razões de Estado.

Com efeito, os problemas constitucionais da contemporaneidade envolvem a colisão de direitos fundamentais, cuja solução não é mais encontrada pelo desenho dogmático positivista. Já não mais atende ao magistério do tempo presente o dogma da subsunção do fato à norma, bem como o legalismo estrito da norma posta. Ao contrário, é o neoconstitucionalismo principiológico o novo paradigma das decisões judiciais contemporâneas, seja pela reaproximação que promove entre o direito e a ética, seja pela efetividade que empresta aos princípios constitucionais. É o que Karl Larenz brilhantemente denomina de *direito extra legem et intra jus*,⁶ vale dizer o direito que supera a letra da lei (*extra legem*), mas, permanece limitado pelos princípios da ordem constitucional (*intra jus*).⁷

Ora nossa Constituição é compromissória, o que significa dizer que consagra, ao mesmo tempo, os valores contrapostos do estado liberal e do *welfare state*. Urge, pois, oferecer pautas dogmáticas que assegurem a plena efetividade dos direitos sociais de segunda dimensão, sem que se descure da plena efetividade dos direitos negativos de

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17.

⁶ Cf Karl Larenz, ob.cit., p. 502.

⁷ É bem de ver, por conseguinte, que o positivismo jurídico se estrutura a partir de uma lógica estática de “supremacia da norma legislada”, que não se harmoniza com as antinomias objetivas do direito constitucional contemporâneo, repleto de normas abertas e contraditórias entre si.

primeira dimensão. Eis que o novo paradigma exegético deve se dar conta de que a nossa Constituição coloca lado a lado, *inter alia*, o direito de propriedade e a função social da propriedade, a livre iniciativa/ livre concorrência e o direito dos consumidores.

Destarte, a eficácia das normas constitucionais, hoje, deve ser aferida desde os pressupostos éticos inseridos na estrutura normativa pós-positivista das normas constitucionais, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Para esse intento, é necessário um esforço das teorias argumentativas dos direitos fundamentais que intentam garantir o seu conteúdo jurídico mínimo, independentemente da atuação superveniente do legislador democrático. Com efeito, a hodierna dogmática do núcleo essencial, além de estruturar o espectro de essencialidade de direitos, afasta o caráter anticientífico do mero decisionismo judicial do juiz solipsista.

Assim sendo, insista-se por fundamental nesta intelecção de que os elementos teóricos da hodierna dogmática do núcleo essencial representam hoje a base de legitimação ética do constitucionalismo compromissório brasileiro, que é axiologicamente fragmentado entre os valores da democracia liberal e os valores da social democracia. De feito, é de sabença geral que, no Brasil, a reconstrução neoconstitucionalista do Direito difundiu a tese de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, logo capazes de gerarem direitos subjetivos para o cidadão comum sem dependência de desenvolvimento posterior por parte do poder legislativo ou do poder executivo.⁸ Com isso, afasta-se o entendimento de que os princípios constitucionais tinham apenas eficácia negativa com efeito paralisante no âmbito da jurisdição constitucional.⁹

Urge, pois, buscar no movimento de renovação jurídica do neoconstitucionalismo um modelo dogmático avançado com latitude científica capaz de respaldar a efetividade dos direitos sociais, especialmente nesse momento crucial da sociedade pós-moderna, cuja característica mais impactante é a forte tendência neoliberal de neutralização axiológica da Constituição, colocando-se em risco as árduas conquistas do Estado Democrático Constitucional de Direito (colapso do *welfare state* e do modelo westphaliano de Estado).

Paralelamente a esse declínio do Estado Social e da relativização da soberania estatal, admite-se correntemente na prática jurídico-constitucional dos países da periferia do sistema-mundo a questão da chamada *inflação legislativa dos direitos fundamentais*. Trabalha-se aqui com a ideia de que os direitos sociais decorreram de um poder constituinte originário que era ideologicamente dividido e cujo produto final foi a elaboração

⁸ Foi longa a trajetória do direito constitucional em busca de efetividade, na Europa em geral e na América Latina em particular. No Brasil, notadamente, a influência do modelo francês deslocava a ênfase do estudo para a parte orgânica da Constituição, com o foco voltado para as instituições políticas. Consequentemente, negligenciava-se a sua parte dogmática (prescritiva, deontológica), a visualização da Constituição como *Carta de Direitos* e de instrumentação de sua tutela. Nos últimos anos, todavia, com grande proveito prático, boa parte do debate constitucional afastou-se dos domínios da ciência política e aproximou-se do direito processual. Cf. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 80 e segs.

⁹ Muito embora nossa Constituição tenha seu foco voltado para a proteção dos direitos fundamentais, é indubitável o argumento da reserva do possível fática e da falta do agir legislativo na regulação dos direitos sociais de segunda dimensão, ou seja, muito embora nossa Constituição seja vislumbrada como *Carta de Direitos* e não apenas como *Carta Política*, a verdade é que o descompromisso da classe política brasileira compromete a efetividade dos direitos sociais, nascendo daí a ascensão hermenêutica de juízes e tribunais no direito brasileiro. Com efeito, é tarefa do poder judiciário impedir que os direitos fundamentais sejam restringidos a ponto de se tornarem invólucros vazios de efetividade, seja pela omissão inconstitucional do legislador ordinário, seja pela postura meramente procedimentalista de juízes e tribunais, que não criam direito em nome da separação de poderes.

de uma Carta Constitucional híbrida, nitidamente *compromissória*, que tanto transitava na ideologia do liberalismo burguês, quanto na da social democracia. Daí surgindo a fixação de normas constitucionais abertas, que apenas indicavam fins a alcançar, sem, entretanto, estabelecer as condutas necessárias para a realização de tais fins.¹⁰

E assim é que, a partir desta posição ideologicamente anfíbia da Constituição de 1988, a efetividade dos direitos sociais fica submetida a um plexo de obstáculos hermenêuticos que vão desde a *reserva do possível fática* (falta de recursos financeiros do Estado) até a *textura aberta* das normas constitucionais, perpassando-se pela discussão da legitimidade democrática do *poder contramajoritário* de juízes e tribunais na formulação de políticas públicas em substituição ao legislador/administrador democrático.

Nesse sentido, a questão que se impõe seria saber até que ponto pode o poder judiciário querer sobrelevar sua vontade política sobre a do legislador democrático? Ou dito de outro modo: até que ponto é lúdima a criação jurisprudencial do direito diante de um legislador inconstitucionalmente omissivo? Ou ainda: quais são os limites que demarcam a atuação do juiz legislador sem que se viole o princípio da separação de poderes?

Conforme já exaustivamente dito alhures, eis aqui o grande desafio da nova dogmática dos direitos fundamentais: incorporar no processo de tomada de decisões judiciais os limites hermenêuticos impostos pelo núcleo essencial de direitos, especialmente o direito de vida digna para todos. É preciso afastar do dador da norma-decisão a confortável blindagem técnica que lhe proporciona o positivismo jurídico e o dogma da subsunção silogística. Tal postura positivista na verdade não garante a segurança do direito, mas a segurança do juiz. É muito conveniente ao juiz legalista-formalista não ter que identificar os *atos portadores de juridicidade* que incidem sobre um determinado caso concreto, limitando-se a ser a “boca da lei” dentro de uma aplicação mecânica do texto normativo.¹¹

Nesse sentido, os fatos portadores de juridicidade são os elementos extrajurídicos que servirão de supedâneo no processo de tomada da decisão judicial dentro de um determinado caso concreto. Cabe ao decisor judicial fazer o diagnóstico daqueles fatos que efetivamente portam juridicidade, isto é, têm potencial para influenciar a feitura da norma-resultado. É por isso que, contemporaneamente, a dogmática dos direitos fundamentais perpassa pela aplicação científica de avançados instrumentos hermenêuticos ligados à proteção do seu conteúdo jurídico mínimo, cujos limites somente poderão ser traçados a partir de uma boa seleção de fatos portadores de juridicidade.

¹⁰ Destarte, o poder constituinte originário, sem conseguir obter o necessário consenso nacional, optou por conceber comandos normativos abertos que apenas projetam “estados ideais”, sem, entretanto, fixar as consequências jurídicas para as hipóteses de incidência vislumbradas. Ora o resultado disso só poderia ser mesmo um: a ascensão política do Poder Judiciário, na medida em que suas tarefas constitucionais não mais ficariam restritas à mera aplicação do Direito, mas, exigiam, também, a criação jurisprudencial do Direito. Ou seja, o poder constituinte originário concebeu uma carta aberta de princípios, cuja exegese é demandante da participação do intérprete na captação do sentido e alcance da norma legislada, vale dizer as expressões “aplicar o Direito” e “criar o Direito” se imbricam de tal sorte que passam a ser as duas faces da mesma moeda da interpretação constitucional. V. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*, p. 17.

¹¹ Com efeito, a nova dogmática dos direitos fundamentais exige, especialmente, nos casos difíceis, a seleção daqueles fatos do mundo da vida que causam impacto na decisão judicial. Tais fatos portam juridicidade e, portanto, influenciam a elaboração da norma-decisão no plano concreto de significação, como por exemplo, na aplicação da presunção de violência, o fato de a vítima aparentar ter mais de 14 anos ou ter seduzido o agente ou o fato de o agente já ter constituído família, com filho em tenra idade, todos relacionados com a aquela célebre decisão do Ministro Marco Aurélio que afastou tal presunção no caso concreto.

Isso significa dizer que o magistrado do século XXI vai cada vez mais vivenciar o giro linguístico-ontológico da filosofia hermenêutica de Gadamer,¹² verdadeira revolução epistemológica que lhe impõe teorias pós-positivistas superadoras do paradigma subjetivista do juiz solipsista soberano.¹³ Questões anteriormente descon sideradas, como por exemplo, a superação da *dificuldade contramajoritária* de Bickel,¹⁴ os empecilhos da *reserva do possível* (fática e jurídica), a consciência epistemológica da *comunidade aberta de intérpretes da Constituição* de Peter Häberle,¹⁵ a discussão acerca da legitimidade democrática do juiz legislador, etc., passam agora a compor a equação dogmática do poder judiciário contemporâneo.¹⁶ Um juiz ou jurista que se ocupe tão somente com o estudo clássico da eficácia das normas constitucionais no plano preliminar abstrato de significação, isto é, *normas de eficácia plena*, *normas de eficácia contida* e *normas de eficácia limitada*, terá dificuldades de solucionar os chamados casos difíceis, cuja frequência no direito contemporâneo é muito alta. Concordamos com Luís Roberto Barroso, quando explicita que *para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interpretação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete*.¹⁷

Em consequência, ficar analisando se um texto normativo (e não uma norma concretizada propriamente dita) tem eficácia plena ou não no plano abstrato de significação, sem considerar as conexões entre este mesmo texto normativo e as circunstâncias fáticas do caso a julgar, parece ter pouca serventia hermenêutica.¹⁸ É bem de ver, pois, que tal tipo de intelecção não pode ser desprezado pelo exegeta constitucional na complexidade ínsita do ato de transformar texto em norma.¹⁹

¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

¹³ Nesse diapasão, ensina Lenio Streck, *verbis*: “O filósofo [Gadamer] produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a autocompreensão do intérprete que como tal autocompreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro linguístico. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 217.

¹⁴ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven, Yale University Press, 1986.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹⁶ Destarte, não é demais dizer que o juiz do século XXI, sob a égide do neoconstitucionalismo, deve ter a clarividência de compreender que a dogmática pós-positivista será seu principal instrumento de trabalho no processo de criação da norma constitucional concretizada, isto é, da norma-decisão quando considerada no plano concreto de significação.

¹⁷ Cf. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III, p. 8.

¹⁸ No entanto, isto não significa dizer que a tradicional classificação do Professor José Afonso da Silva tenha caído em desuetude, muito ao revés, continua sendo um relevante constructo teórico, na medida em que afere a densidade normativa do texto constitucional no plano abstrato de significação (indica previamente se há ou não submissão do texto normativo a reservas legais e/ou interposição legislativa superveniente). Destarte, uma *norma de eficácia plena* tem intrinsecamente maior densidade normativa do que uma *norma de eficácia limitada*, que fica, *a priori*, submetida ao talento do legislador ordinário.

¹⁹ De observar-se, com muita atenção, que, no âmbito do neoconstitucionalismo e da dogmática do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o direito à saúde (art. 196 da CRFB/88) não pode ser considerado uma mera norma programática com eficácia negativa e mediata, pois, dependente de interposição legislativa. Ao revés, juízes e tribunais vêm garantindo o conteúdo jurídico mínimo do

A estrutura normativa tridimensional dos direitos fundamentais: área nuclear, área de ponderação de valores e área metajurisdicional

Conforme dito alhures, a superação do positivismo fez declinar a aplicação mecânica da lei. Dessarte, abre-se uma nova cosmovisão hermenêutica dentro da qual a fundamentação ético-epistemológica da decisão judicial (norma-decisão ou norma-resultado no plano concreto de significação) suplanta o mero dogma da subsunção.

Tal mutação é operada pelo admirável mundo novo da dogmática pós-positivista, cujo desenho conceitual é feito a partir de uma concepção espacial do *conteúdo total dos direitos fundamentais*. Ou seja, a nova dogmática leva em consideração os conceitos de *núcleo essencial* e *área de ponderação de valores* de normas principiológicas de mesma dignidade constitucional. Trata-se, pois, de uma estrutura normativa composta de uma área nuclear (conteúdo essencial do Direito) e de uma área não nuclear de ponderação de valores (conteúdo não essencial do Direito).

Na área nuclear, identifica-se um espectro normativo de conteúdo jurídico mínimo, sem o qual o Direito seria totalmente esvaziado e deixaria, por conseguinte, de existir. Tal espectro normativo é indubitavelmente tema sensível do constitucionalismo contemporâneo. Muitos Estados nacionais já o consagraram expressamente no texto de suas respectivas Constituições, *e.g.*, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, a Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978.²⁰

O núcleo essencial possui duas grandes correntes, a saber: a **teoria absoluta** e a **teoria relativa**. Pela primeira, o núcleo essencial corresponde a um conteúdo normativo inexpugnável, que não pode sofrer restrição, o que significa dizer que independe de um processo de ponderação de valores.

Já a teoria relativa advoga a tese de que o conteúdo essencial só pode ser delineado por intermédio de um processo de ponderação de valores feito dentro de um caso concreto. Investigando as teorias do núcleo, Juan Cianciardo mostra que:

*“O conteúdo essencial é apenas uma parte do direito fundamental, o seu núcleo duro. Cada direito fundamental tem um setor aferível pelo legislador e outro imune a sua atuação. Há, portanto, um conteúdo essencial e outro não essencial. A teoria absoluta reconhece, pois, a **concepção espacial da estrutura dos direitos fundamentais**. O conteúdo total de um direito fundamental seria integrado por **dois círculos concêntricos**, compostos por diferentes faculdades e posições jurídicas que, em relação à própria identificação do direito fundamental, ganham intensidade, particularidade e relevância, na medida em que se aproximam do centro.*

direito à vida, sem nenhuma relação de dependência do legislador democrático. Supera-se assim o mito de que normas de eficácia limitada ou normas programáticas não têm eficácia positiva, vale dizer, não são capazes de gerarem de per si direitos subjetivos ao cidadão comum.

²⁰ Na doutrina pátria, Ana Paula de Barcellos, mostra que, para além da Constituição Alemã (art. 19, II), Constituição Portuguesa (art. 18º, nº 3) e da Constituição Espanhola (art. 53, nº 1), já citadas anteriormente, uma série considerável de outros ordenamentos estrangeiros também já positivaram o conceito de núcleo essencial, dentre eles, a Declaração de Direitos da África do Sul, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Constituição do Timor Leste. Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 140.

O conteúdo não essencial não fica absolutamente disponível ao legislador: qualquer intervenção legislativa nesse âmbito (conteúdo não essencial) deve superar o teste de proporcionalidade. A diferença sustenta-se no fato de que a intervenção no núcleo essencial fica vedada por la garantía del contenido esencial, y no puede justificarse por la razonabilidad.” (tradução e grifos nossos).²¹

É bem de ver, pois, que o autor engendrou uma estrutura normativa dual composta a partir da imagem de dois círculos concêntricos: um círculo interno em conexão direta com a “garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais” e um círculo externo atrelado ao “princípio da proporcionalidade”.²²

Já no Direito Brasileiro, Ana Paula de Barcellos faz a mesma proposição de Juan Cianiardo, ou seja, sugere uma estrutura normativa dual, na qual o círculo interior será ocupado por condutas mínimas e diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário e o círculo exterior a ser preenchido pela deliberação democrática. Não deixa de ser também uma concepção dual que fixa dois grandes espectros normativos, a saber: uma área nuclear e uma área não nuclear.²³ Assim sendo, não se pode negar que a dogmática dos direitos fundamentais já consolidou a ideia-força de dois grandes espectros normativos (uma parte nuclear e uma parte ponderável).

A nosso juízo, entendemos que estes dois espaços normativos representam, na realidade, dois grandes caminhos hermenêuticos colocados à disposição do juiz no seu processo de tomada de decisão, vale dizer na obtenção de sua norma-decisão no plano concreto de significação. Em outras palavras, levando em consideração os fatos portadores de juridicidade do caso concreto, o juiz deve enquadrar sua norma-decisão dentro de uma destas duas áreas normativas, isto é, **área nuclear** ou **área ponderável**. Tudo vai depender da incidência dos elementos fáticos do caso concreto sobre o texto das normas constitucionais.

Em suma, a hodierna dogmática dos direitos fundamentais é calcada em dois grandes espaços normativos, que perfazem o conteúdo total de tais direitos: um círculo interno sob a égide do *princípio da proteção do núcleo essencial*²⁴ (conteúdo jurídico mínimo) e um círculo externo sob o pálio do *processo de ponderação de valores* (zona de ponderabilidade consubstanciada pela possibilidade de colisão de direitos constitu-

²¹ CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 258-259.

²² Na mesma direção dogmática, a lição de Medina Guerrero, *in verbis*: (...) o conteúdo total (**o conteúdo constitucionalmente protegido**) de um direito fundamental se estrutura em duas zonas: uma central, absolutamente intangível para o legislador (o conteúdo essencial); e outra externa, que denominamos “**conteúdo inicialmente protegido**”, dado que seus integrantes com caráter claudicante podem ser sacrificados pelo legislador com o objetivo de preservar outros direitos e bens constitucionais sempre que o limite seja considerado proporcional. (tradução e grifos nossos). Cf. GUERRERO, M. Medina. *La vinculación negativa a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 168-169.

²³ Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 179-180.

²⁴ Temos a firme convicção de que o *princípio da proteção do núcleo essencial* é um verdadeiro princípio constitucional brasileiro, insculpido em roupagem implícita, tal qual prevista no art. 5, § 2º da Constituição Federal. No dizer do eminente Ministro Gilmar Mendes um verdadeiro *postulado constitucional imanente*, *verbis*: “... embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a ideia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental. (...) De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto **postulado constitucional imanente**, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. Texto retirado de seu lapidar voto-vista no julgamento do HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL de 17/5/2005 da Segunda Turma do STF, cujo RELATOR foi o Ministro Carlos Velloso.

cionais de mesma hierarquia). Destarte, o círculo interior é composto pela legislação regulamentadora do Direito, pelas súmulas vinculantes, pelos precedentes jurisprudenciais, pela convergência doutrinária e, principalmente, pelo consenso epistemológico da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Daí resulta a ideia de que a área nuclear recebe o tratamento de regras jurídicas, na medida em que ocupada pelo consenso geral e pelo próprio sentido literal da norma positivada.²⁵

Já o círculo externo será o espaço da ponderação dos direitos fundamentais em colisão, o que evidentemente significa que ficará submetido aos princípios da concordância prática e da proporcionalidade. Pela aplicação do primeiro princípio (concordância prática), a solução judicial será obtida a partir de concessões mútuas de modo a harmonizar os direitos em colisão, resultando daí a aplicação de ambos no caso concreto (ponderação harmonizante).

Já pelo princípio da proporcionalidade, a solução jurídica será escolher um Direito vencedor em relação a um Direito perdedor, que cede e deixa de ser aplicado ao caso concreto decidendo (ponderação excludente).

Com rigor, esta estrutura normativa dual ainda não representa com fidelidade a dogmática dos direitos fundamentais, na medida em que é possível acrescentar um terceiro círculo, que talvez fosse apropriado denominar de **área metajurisprudencial**. Trata-se de um espaço normativo, dentro do qual o intérprete da Constituição reconhece o poder discricionário do legislador/administrador democráticos. É uma zona de eficácia meramente negativa com caráter declaratório. Ou seja, nesta área normativa, o Poder Judiciário faz uma autocontenção no que tange o seu ativismo judicial, deixando de legislar positivamente. Destarte, na esfera normativa metajurisprudencial, não há a criação jurisprudencial do Direito, optando-se por uma postura não concretista, na qual o poder discricionário do legislador democrático é reconhecido.

Isto significa dizer que, na área metajurisprudencial, não se consegue superar o déficit democrático do poder contramajoritário de juízes e tribunais na formulação de políticas públicas. Fixa-se um limite dogmático ao juiz legislador: neste espectro normativo, prevalece a separação de poderes, inibindo-se o ativismo judicial e a ascensão institucional do Poder Judiciário. Quando o magistrado enquadra sua norma-decisão no espectro metajurisprudencial significa que reconheceu seu déficit democrático para fixar políticas. Sua inaptidão democrática prevalece e não há intromissão do poder judiciário na esfera discricionária de legisladores e administradores.

É por tudo isso que o conceito de *eficácia metajurisprudencial* dos direitos fundamentais simboliza a vitória da separação de poderes e a neutralização de um possível *Estado Judicial de Direito*, no qual juízes e tribunais se colocam acima dos demais poderes. Note-se, portanto, que a *eficácia metajurisprudencial* é o produto final de uma estratégia de interpretação constitucional equilibrada, que zela pela limitação do Estado-juiz e que respeita a *dificuldade contramajoritária* (Alexander Bickel).

Muito embora a norma garantidora do direito fundamental permaneça *inconcretizada*, isso não significa dizer que sua proteção foi reduzida. Ao revés, são os limites dogmáticos impostos ao juiz legislador que garantirão a manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.²⁶

²⁵ No dizer de Ana Paula: O círculo interior corresponderá (...) a um núcleo de efeitos que acabam tornando-se *determinados* por decorrerem de forma inafastável do seu sentido e, conseqüentemente, adquirem a natureza de regra. Isto é: cuida-se de um conjunto mínimo de efeitos determinados (e a partir deles as condutas necessárias e exigíveis deverão ser construídas) contidos no princípio. Ainda que haja disputa sobre a existência de outros efeitos a partir desse núcleo, a ideia é a de que quanto a estes haverá consenso. Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisprudencial*, p. 180.

²⁶ A antiga posição não concretista do STF na figura jurídica do mandado de injunção é um bom exemplo de aplicação da eficácia metajurisprudencial. Em suma, é preciso compreender, com a devida

Enfim, de tudo o que foi analisado até aqui, o que importa extrair é a ideia de uma *estrutura normativa tridimensional* que divide o conteúdo total dos direitos fundamentais em três grandes círculos normativos, a saber:

Uma **área nuclear** onde juízes e tribunais garantem a concretização do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, sem nenhuma dependência ao Poder Legislativo;

Uma **área de ponderação de valores** onde se identifica uma colisão de normas constitucionais, cuja solução se dará mediante um processo de ponderação de valores;

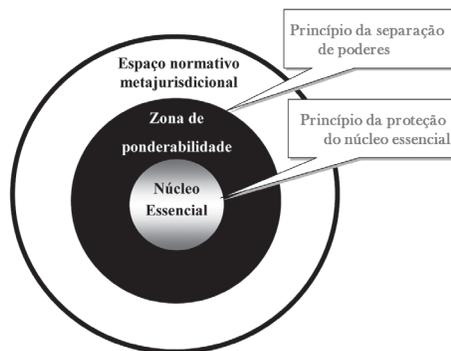
Uma **área metajurisdicional** onde se reconhece a inaptidão do Judiciário para a concretização do direito constitucional, deixando ao poder discricionário do legislador/administrador democráticos a sua regulamentação.

Com isso é possível delinear uma estratégia de interpretação constitucional, na qual os direitos fundamentais terão seu conteúdo jurídico mínimo garantido pelo Poder Judiciário, sem que se adentre à esfera de discricionariedade dos outros poderes da República.

Obviamente esta não é a única estratégia hermenêutica possível, mas, é, no entanto, a que tem o mérito de agrupar todo o conteúdo dos direitos fundamentais, desde o seu núcleo essencial até sua parte metajurisdicional negativa, perpassando-se antes pela zona de ponderabilidade de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Com tais considerações, apresenta-se a figura abaixo que mostra, em visão panorâmica, a teorização desta tríade de espectros normativos, cada um com seu perfil dogmático bem característico e aberto às principais correntes da moderna teoria discursiva do direito. Representa indubiosamente um novo paradigma exegetico capaz de lidar com as exigências cada vez mais avançadas da reconstrução neoconstitucionalista do direito, desde a complexa questão da fixação do núcleo essencial até a delicada discussão da legitimidade da atividade juscriativa do magistrado na elaboração de políticas públicas, perpassando antes pela ponderação de valores nas tensões de enunciados normativos.

PARADIGMA DA TRÍADE ESPECTRAL



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

sensibilidade acadêmica, que o *domínio eficaz metajurisdicional* acaba encontrando respaldo no próprio conceito de Estado Democrático de Direito, cuja essência hermenêutica obstaculiza a ascensão política do Poder Judiciário em detrimento de legisladores e administradores legitimamente eleitos pelo povo. Nesse sentido, o *princípio contramajoritário* se apresenta como barreira intransponível para a concretização judicial do Direito. Nesta região normativa, as convicções políticas do magistrado não têm o condão de suplantarem as do legislador e/ou do administrador democráticos.

decisões judiciais por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Com isso a dogmática dos direitos fundamentais aproxima-se da resposta constitucionalmente adequada, cuja força jurígena vem da realização do sentimento constitucional de justiça.²⁷

Conclusão

O presente trabalho almejou analisar as características do Estado Neoconstitucional de Direito, cujo paradigma exegético se volta para a proteção dos direitos fundamentais. Destarte, em um primeiro momento, investigou-se o paralelismo entre o neoconstitucionalismo, a Constituição Compromissória e o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse sentido, procurou-se delinear estudos jurídicos que redundaram na proposta de uma estrutura normativa tridimensional para os direitos fundamernatis,

A riqueza metodológico-conceitual do núcleo essencial e da ponderação de valores foi a base do estudo realizado. Com efeito, não há ilidir que a evolução do Direito Constitucional perpassa por tal perspectiva antipositivista e que, no atual momento, se encontra numa de suas fases mais delicadas em virtude dos riscos de um ativismo judicial exacerbado. É conveniente, por conseguinte, olhar com prudência a chamada *abertura axiológica do Direito* como meio de viabilizar a necessária conexão entre o Direito e a ética. Há sim perigo de que este admirável mundo novo da dogmática pós-positivista se transforme em mero decisionismo judicial. É por isso que não cansamos de reafirmar nossa firme convicção de que muito pior do que um “positivismo desprovido de abertura axiológica” é o “decisionismo pós-positivista desprovido de cientificidade”.²⁸

É inextirpável o peso dogmático do argumento ético na nova interpretação constitucional, notadamente na aplicação do núcleo essencial e da área ponderativa de princípios abertos. No espaço normativo pós-positivista, a Constituição é vislumbrada como um sistema aberto de regras e princípios, cuja efetividade dialoga com diferentes realidades epistemológicas. A teoria jurídica antipositivista projeta a leitura moral da Constituição e suas potencialidades enquanto reserva de justiça. Sem dúvida, um ato exegético de aplicação mecânica da lei não se coaduna com a efetividade ou eficácia social de normas constitucionais jurídicas abertas, não suscetíveis de subsunção.

Pela sistematização engendrada, propôs-se a reconfiguração dogmática do núcleo essencial dos direitos fundamentais, identificando-se uma região normativa de eficácia positiva no que tange a salvaguarda do seu conteúdo jurídico mínimo. Pelo princípio da proteção do núcleo essencial, garante-se a impenetrabilidade do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais contra quem quer que seja, isto é, cria-se um espectro normativo intangível. Nesse passo, é irresponsável a ascendência das teorias jurídicas do pós-positivismo, que desvelam novos rumos da dogmática dos direitos fundamentais.

²⁷ Eis aqui a essência da tríade espectral normativa: servir de estratégia hermenêutica para a resposta correta nos casos difíceis. É firme nossa convicção de que o grande desafio do jurista do século XXI é exatamente o de fixar estratégias de interpretação constitucional compatíveis com o espírito da reconstrução neoconstitucionalista do Direito. Ao decisor judicial do tempo presente já não lhe é mais dado aplicar mecanicamente o texto da lei, sob o risco de desqualificação por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Nesse sentido, a aceitabilidade da norma-decisão é fruto da conexão direta que faz entre a ética e o Direito. Esta é a razão pela qual a dogmática dos direitos fundamentais não terá outro caminho a trilhar senão o da reconstrução neoconstitucionalista do Direito.

²⁸ GÓES, Guilherme Sandoval Góes. “Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista”. In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 124.

A Constituição tem a função de moldar a vida dos fatos, e, não, apenas, regulá-la. Neste mister, há que se construir um modelo constitucional axiológico que privilegie a segunda dimensão dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Em sentido acadêmico, é preciso lembrar sempre que a própria escolha dos caminhos exegéticos disponíveis já faz parte da fundamentação do juiz constitucional, porquanto perfeitamente passível de crítica. Como visto, o poder decisional do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de autoridade que desfruta. A aceitabilidade ou não da argumentação oferecida é fator essencial para controle público da decisão judicial, projetando, indubitavelmente, maior certeza jurídica na sociedade.

Em síntese, do ponto de vista de nosso estudo, o resultado da concretização constitucional é sempre uma decisão que implica uma escolha (norma-decisão) obtida a partir de uma norma-dado (texto da Constituição) e das circunstâncias fáticas e axiológicas que permeiam o caso concreto (fatos portadores de juridicidade).

Com rigor, o modelo proposto oferece ao decisor judicial um “cardápio hermenêutico” de opções alternativas de concretização constitucional, tendo-se sempre como pano de fundo o controle público da prestação jurisdicional. Com efeito, não se pode admitir que a norma-decisão do juiz constitucional institua hiato entre sua própria concepção de justiça e aquela plasmada pelo meio social.

É por tudo isso que a estrutura normativa tridimensional (núcleo essencial - parte ponderável - parte metajurisdicional) se aplica tanto para regras quanto para princípios, quando visualizados no plano concreto de significação. Com isso, é possível conceber um perfil normativo único para regras e princípios.

Referências bibliográficas

- AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.
- _____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y Constitución”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10. ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1997.
- _____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente. In: *Mercosul, integração regional e globalização*. CASÉLLA, Paulo Borba (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2000.
- _____. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, nº 108, 2003.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo, Editora Landy, 2. ed., 2004.
- DWORKIN, *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1961.
- FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- _____. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*, 1994.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales e desarrollo legislativo – La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GUERRERO, M. Medina. *La vinculación negativa a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.
- _____. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.
- MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Instituto de Derechos Humanos “Bartilomé de las Casas”, Spain: Ed. Dykinson, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais, pp. 205 a 236, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reasons*. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica. Nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- _____. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SANCHIS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social-(pós-modernidade constitucional?). In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). *Crises e desafios da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 2002, p. 414.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In: *Teoria dos direitos fundamentais* (Org. Ricardo Lobo Torres). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice – A defense of pluralism and equality*. USA: BasicBooks, 1983.
- _____. *Thick and thin. Moral argument at home and abroad*. London: University of Notre Dame Press, 1994.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, [s.d.].