

TÉCNICAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

THE CORRELATION BETWEEN LEGAL REASONING TECHNIQUES AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN A DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL STATE

Pedro Luiz de Andrade Domingos

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo.
E-mail: pedroluizdeandrade@gmail.com

Paulo Velten

Professor Doutor do departamento de direito da Universidade Federal do Espírito Santo.
E-mail: paulovelten@hotmail.com

Recebido em: 02/06/2021

Aprovado em: 18/02/2022

RESUMO: Qual é a importância de princípios e regras constitucionais durante a atividade de interpretação do direito? Por que decisões públicas devem pressupor racionalidade, coerência e serem internamente justificáveis? Neste trabalho, passaremos a expor os conceitos que diferenciam os princípios das regras jurídicas e de que modo os trabalhos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy podem influenciar a atividade decisória judicial e a formação da norma ao caso concreto, com enfoque sobre os limites impostos ao julgador - em um Estado Democrático Constitucional, para o julgamento com base em princípios durante a colisão de direitos fundamentais ou em casos difíceis.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Teoria Geral do Direito. Teoria da Argumentação Jurídica. Teoria dos Princípios. Proporcionalidade.

ABSTRACT: What is the importance of Constitutional Principles and Rules during judicial lawmaking? Why should public decisions presuppose rationality, coherence and be internally justified by their own arguments? The concepts that differentiate principles from legal rules will be exposed in this article. Therefore, we argue that Ronald Dworkin and Robert Alexy Theories can influence the judicial decision-making and the formation of the Rule for the case, emphasizing the judge limits in a Democratic Constitutional State, for the use of the lawmaking power based on principles during the collision of fundamental rights or in Hard Cases analysis.

Keywords: Constitutional Procedure. Jurisprudence. Theory of Legal Argumentation. Theory of Principles. Proportionality.

SUMÁRIO: Prefácio. 1 A importância dos princípios em um Estado Democrático Constitucional. 2 O uso da técnica da proporcionalidade - Uma ferramenta racional de controle democrático das

decisões. Conclusão. Referências.

PREFÁCIO

Com o auxílio de revisão bibliográfica, buscamos posicionar o leitor no debate estabelecido sob a hermenêutica jurídica que fornece suporte principiológico às decisões judiciais em um Estado Democrático Constitucional. Nesse formato de estado, o juiz não se posiciona por meio de seu autorregramento da vontade (KANT, 2006), mas atua na condição de ator institucional em local privilegiada na esfera pública. Isso porque, em uma democracia liberal, a atividade interpretativa do direito passa a ser compreendida a partir de uma sociedade aberta aos intérpretes (HÄBERLE, 1997), com o processo decisório inserido em um contexto de crítica pública sobre os motivos de aplicação prática do direito ao caso concreto (HABERMAS, 2012).

O Constitucionalismo assume compromissos históricos ao longo de seu desenvolvimento e determina que a atividade de interpretação do direito deve tomar por base valores e princípios expressamente determinados na Carta Política, podendo auxiliar a atividade decisória em sua pretensão de correção, que é o direito a estabilizar expectativas de justiça dos sujeitos (NEVES, 2001). Tal procedimento de interpretação pode contribuir para uma mediação entre estado e sociedade (HÄBERLE, 1997), no contexto do Constitucionalismo, pois permite o acoplamento estrutural de direito e política (NEVES, 2007), não somente através da atividade jurisdicional, mas também do exercício da comunicação, em que se leva em consideração as finalidades sociais e os direitos fundamentais erigidos pela vontade histórica do Constitucionalismo.

1 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Qual a importância de princípios e regras constitucionais para a atividade de interpretação do direito? Ronald Dworkin (2005) afirma que, em um Estado Constitucional, a sociedade possui a crença de que decisões judiciais são tomadas a partir da figura de um juiz regulativo, capaz de identificar a melhor solução para o caso concreto, considerada racionalmente como a única resposta correta ou julgamento possível para os fatos que lhe são trazidos ao conhecimento da Corte, naquele momento histórico.

A premissa de Dworkin é a de que decisões públicas devem pressupor racionalidade e coerência e serem internamente justificáveis. O autor aponta os limites existentes sobre a teoria cética do positivismo analítico de Hart (2001), muito difundida no meio jurídico americano, segundo a qual o juiz, ao interpretar o direito, somente se utiliza de regras primárias de conduta e regras secundárias de organização. Para aqueles conflitos de difícil resolução ou sob os quais tais regras não se adequam suficientemente, abrir-se-ia certa discricionariedade para interpretar e adequar o caso à lei, o que se denominou de textura aberta do direito¹.

Os esforços de Dworkin contribuíram para que a Constituição americana atravessasse o contexto contemporâneo sem rupturas institucionais, em franca adequação ao modelo de democracia representativa que saiu fortalecido e se difundiu em todo o mundo ocidental. O autor reposiciona a teoria da argumentação jurídica ao desenvolver critérios para tomada de decisões judiciais em contraste com o caráter autoritário experimentado no contexto soviético da guerra fria mantida no período, ou de decisões estatais tomadas sem grandes escrutínios públicos sob a justificativa do poder de *imperium*, ou ainda com base na clássica teoria liberal contratualista desenhada em Hobbes (2003). Pode-se perceber um esforço constante de argumentos e balizas

¹ Ao nosso ver, a textura aberta do direito afirmada em Hart possui posição assemelhada, embora com ponto de partida baseado em outros pressupostos teóricos e metodológicos, àquela concepção kelseniana de que o juiz tem o “direito em aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação” (Kelsen, 1999, p. 348-349).

racionais que passam a se contrapor ao modelo de discricionariedade judicial com o objetivo de reduzir o espaço de posições pessoais do julgador durante o processo decisório – um exercício para estabelecer o império do direito sobre a vontade (DWORKIN, 2010).

Entre as prioridades de Dworkin, estava a de justificar decisões em casos difíceis (*hard cases*) levados ao juiz. Isso porque, em problemas de fácil solução, bastava à Corte aplicar a regra estampada no texto legal, numa atividade de subsunção do fato à norma. Mas e naquelas situações em que regras se demonstrassem injustas ou inadequadas ao caso concreto ou para o qual as regras não respondam adequadamente à tutela do direito resguardado? Como garantir a uma sociedade que cresce sob o contexto democrático que o juiz, ao tomar decisões difíceis, mesmo em aparente colisão de regras, assim o faça com base no direito e não em sua vontade pessoal?

Para o autor, o uso de princípios jurídicos permitiria justificar determinadas decisões judiciais sob o ponto de vista deontológico, a partir de seu uso razoável. Desse modo, o juiz, ao proferir sua decisão, não estabelece os argumentos com base em critérios subjetivos², mas em princípios jurídicos determináveis que fornecem o suporte necessário à resolução de casos difíceis (NEVES, 2014).

A delimitação da legitimidade de um tribunal reside na autoridade fornecida pelo Constitucionalismo, e não na política de sufrágio universal. Nesse caso, os limites para julgamentos encontram-se contingentes às próprias fontes formais do direito, analisadas como depósitos de conhecimento e, em casos de textura aberta do sistema, densificados a partir dos princípios (DWORKIN, 2005).

De fato, a teoria de Dworkin forneceu suporte a diversas decisões judiciais que aumentavam em complexidade, tomadas num contexto de rápida mudança industrial, cultural e de consumo na sociedade americana no século XX, em diversos conflitos que se instauravam em colisão com a letra da lei constitucional. Para esse feito, a teoria auxiliou o processo decisório com a flexibilização do ordenamento por meio de argumentos racionais de justificação e coerência interna do resultado judicial para o caso concreto.

A fim de defender o argumento de que sempre há uma resposta correta para *hard cases*, Dworkin (1978) sustenta que: i) há uma certa imprecisão inevitável do direito, uma textura aberta da linguagem jurídica que torna impossível em diversas situações afirmar se determinada proposição jurídica é verdadeira ou falsa; ii) proposições jurídicas possuem uma estrutura oculta explicada pelo positivismo jurídico no qual é possível haver uma terceira resposta para a tese bivalente do direito e; iii) às vezes, uma proposição jurídica é deveras controvertida, ao passo que não se pode afirmar que uma parte está certa e a outra errada. Esse argumento pressuporia que, em proposições jurídicas controversas, uma não pode ser considerada errada em detrimento da outra. Já o primeiro refere-se ao alto grau de vagueza do direito, que, segundo Dworkin, seria um ponto de consenso na literatura jurídica, mas que falha em discriminar os fatos e as consequências do termo em vagueza.

Isso porque, em qualquer caso em que determinado dispositivo pareça vago, aqueles que sustentam a textura aberta do direito passam a admitir que o legislativo deve estabelecer efeitos inatos à confecção do dispositivo jurídico de modo pré-fixado. Assim, se o termo oferecido ao legislador é vago, os efeitos dessa lei terão conteúdo indeterminado, com liberdade para o juiz decidir (HART, 2001; DWORKIN, 1978). Ocorre que, para Dworkin, mesmo nessas situações, os operadores do direito mensuram o impacto do dispositivo sobre o conflito instaurado, de modo a suprir através da interpretação seus efeitos sobre o julgamento, por meio de cânones de interpretação da lei que são previamente considerados dentro do sistema ou de formulação de hipóteses teóricas sobre o resultado, o que afastaria da realidade jurídica a suposta vagueza

² Sobre o dever do magistrado de se afastar valores pessoais durante o julgamento, interessante conhecer o voto divergente de James Holmes em *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905), para o qual preconceitos ou crenças particulares dos juízes não podem ser utilizados como critério para decidir, por força do contexto majoritário que reside no Constitucionalismo e limita sua esfera de atuação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1905).

semântica da norma ao caso em particular. Ou, se não afasta, ao menos traz outras questões sobre o conteúdo do dispositivo legal, que em princípio levam à ampliação da possibilidade cognitiva de uma resposta correta para o termo em questão.

Passadas décadas de experiência entre suas primeiras publicações, em meados de 1970, e o contexto atual, hoje pode-se compreender que a atividade de interpretação do juiz não traduz a única resposta possível para o caso concreto, mas aquela que se julgou correta quando foi chamado para decidir. Como via de consequência, decisões são válidas a partir de argumentos racionais que são justificados em dado momento histórico, mas que podem se alterar diante de mudanças culturais, dentro de determinado contexto político-social (HONNETH, 2015).

Nessa linha de raciocínio, o que se destaca na teoria de Dworkin é a compreensão de que a vagueza de determinados assuntos jurídicos e o questionamento sobre uma única resposta não está no fato da existência ou não dessa única maneira de decidir, mas na discordância entre os operadores do direito sobre qual a resposta adequada a ser aplicada nos casos em que os conceitos seriam indeterminados ou quando há uma lacuna jurídica. Para tal problema, a teoria passa a ser insolúvel, por se referir aos limites da linguagem.

Contudo, o uso de princípios jurídicos de fato, trazem ao sistema maior flexibilidade para justificar posições e a aplicação de regras de maneira distinta ou diversa do modelo ordinário, criando padrões racionais para decisões da Corte, especialmente em casos difíceis, ainda que não se limitado a estes. Eles atuam enquanto estímulos para o desenvolvimento de argumentos jurídicos que atendam de forma satisfatória critérios de coerência que se esperam em um contexto democrático, para que decisões judiciais não sejam consideradas autoritárias, e por possuírem certo caráter policéfalo, permitem a adequação às diversas necessidades argumentativas, possibilitando ao intérprete lançar mão de pontos de partida diferentes para se chegar ao resultado, não se utilizando apenas do texto da lei durante o processo decisório (NEVES, 2014).

Todo esse esforço argumentativo para justificar decisões judiciais em casos difíceis provoca limites internos aos argumentos levantados pelos intérpretes (HÄBERLE, 1997) durante a atividade decisória e contribui para o fortalecimento do império do direito em um Estado Democrático Constitucional. Os princípios estimulam o dissenso em torno de questões jurídicas, sem que isso leve à quebra democrática da participação, o que permite a construção de técnicas procedimentais para absorção do dissenso na produção da norma jurídica pelo juiz ao caso concreto (NEVES, 2007).

Nessa toada, princípios atuam enquanto problematizadores de questões argumentativas insolúveis, exclusivamente para a aplicação de regras jurídicas ao caso, caracterizando o primeiro passo na formação do procedimento que será utilizado para extrair a norma do caso concreto (NEVES, 2014). A utilização de princípios para justificar decisões é uma vantagem não-discricionária fornecida ao intérprete para resolver casos complexos, auxiliando na estruturação do caso jurídico e permitindo se encontrar soluções dentro de uma prática coerente para a aplicação de determinada regra que inicialmente parecia não ser justa ou fazer sentido.

Pode-se existir certa crença de que, sendo o Poder Judiciário contramajoritário, não haveria limites para uso de sua autoridade e não estariam as decisões judiciais subordinadas ao controle público. Contudo esse raciocínio não possui amparo na Constituição de 1988, haja vista previsão constitucional de que todo poder emana do povo, inclusive a autoridade conferida ao Poder Judiciário (inteligência dos artigos 1º e 2º da CF). Nessa perspectiva, decisões judiciais devem permitir o controle público e a crítica democrática sobre os argumentos levantados, porque a autoridade fornecida ao Estado para julgar advém indiretamente da soberania popular³.

Cabe ainda fazer a ressalva de que o uso de princípios em detrimento de regras jurídicas não deve ser tomado de forma desarrazoada, nem basear exclusivamente uma decisão, mas ser compreendido como mais uma ferramenta racional disponível ao intérprete para ser utilizada de

³ A fim de fornecer alguns exemplos dogmáticos na legislação brasileira, os artigos 489 e 927 do CPC/2015 parecem corroborar com a necessidade de escrutínio público das decisões judiciais num ambiente democrático.

modo complementar às regras jurídicas, não havendo hierarquia linear entre eles, já que regras dependem do seu balizamento ou aplicação ao caso, o que demanda ao intérprete tomar como ponto de partida a correlação dessas com determinados princípios jurídicos, que só ganham significado prático quando encontram correspondência com o caso concreto (NEVES, 2014).

Haveria, portanto, certa complementaridade entre princípios e regras sobre a formação do direito em um Estado Democrático Constitucional, tomados em uma perspectiva circular que limita o sistema em sua dupla contingência, criando verdadeiro paradoxo sobre os argumentos por sua própria coerência interna (NEVES, 2014). Na compreensão de Marcelo Neves (2014), princípio é um termo vago e ambíguo, usado para se referir a premissas ou pontos de partida de um processo/cadeia argumentativa, bem como a postulados de uma área do saber, leis básicas da lógica, normas pressupostas e fundamentais no âmbito do direito e da moral ou do código-diferença orientador da reprodução de um sistema de comunicações.

Sob o tema, podemos afirmar que os estudos se dividem entre os que endossam a prioridade da redistribuição e aqueles que afirmam que a precedência do reconhecimento, divisão que pode ser observada principalmente a partir da disputa entre os leitores de John Rawls e Dworkin, por exemplo, e os de Axel Honneth e Habermas, sendo os primeiros responsáveis por solidificar a teoria liberal acerca da justiça na contemporaneidade e os segundos alguns de seus principais críticos (SILVA, 2017).

Do ponto de vista dogmático, no Brasil, parece não haver dúvidas de que o ordenamento nacional permite o uso de princípios gerais do direito para preenchimento de lacunas sobre regras jurídicas durante a atividade interpretativa (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Soma-se a essa compreensão a escolha do legislador de uma Constituição composta de inúmeros artigos que formam o plexo de direitos e garantias fundamentais do cidadão, estabelecidos a partir de afirmações principiológicas e que demandam interpretação para sua aplicação ao caso concreto.

Nesse ambiente, vivemos um Estado Constitucional estabelecido por meio de Carta política analítica, rígida, normativa, garantista e dirigente (SILVA, 1999). Isto é, no contexto brasileiro pós-1988, todos os princípios jurídicos que sustentam a argumentação judicial tomam por base princípios constitucionais implícitos e explícitos, que se relacionam de maneira interna ao ordenamento jurídico, fornecendo suporte normativo às decisões estatais. Acrescenta-se ainda a compreensão de que, por força normativa, os direitos constitucionais são autoaplicáveis (art. 5º, § 1º da CF) e exemplificativos (art. 5º, § 2º da CF).

A Constituição de 1988 não apenas possui garantias individuais e de procedimento para protegê-las, como parece dispor sobre garantias sociais e coletivas de substância, por meio desse conteúdo exemplificativo que visa a salvaguardar direitos fundamentais similares ao que no contexto americano costuma ser denominados de *policies* ou políticas públicas desenvolvidas para os cidadãos (DWORKIN, 2010).

Por sua vez, tais princípios preenchem de conteúdo o ordenamento jurídico por meio de um sentido intersubjetivo que leva em consideração a vontade da maioria (ou seja, uma democracia), limitada pelos direitos fundamentais e pelos compromissos históricos advindos do Constitucionalismo. Preocupa-se, portanto, a Constituição com o caminho para produção da norma jurídica produzida para os conflitos levados ao judiciário, sugerindo uma interpretação que pondera o reconhecimento de direitos dos invisíveis, dos ausentes e das minorias através do pluralismo e da alteridade estampados ao processo, enquanto garantia de acesso e controle do judiciário, mas também como *iter* onde aos sujeitos se torna possível influenciar a decisão e construir a norma jurídica para o conflito, uma reafirmação não apenas de garantias formais a que estão condicionados, como também de uma postura ativa da jurisdição para corrigir assimetrias.

A formação do Estado moderno no decurso histórico, inicialmente, pressupôs uma ordem jurídica que reconhecesse certo núcleo mínimo de direitos individuais a serem protegidos em face

do Estado, o que levou à primeira compreensão de que todo sujeito deve ser tratado como livre e, na mesma medida, respeitado, independentemente de sua posição social (HONNETH, 2009).

Essa proteção da liberdade individual dos sujeitos se refere àquela compreensão negativa de direitos fundamentais, uma afirmação hegeliana segundo a qual a proteção da liberdade, no Estado Constitucional, passa a se operar por meio de instituições sociais que devem ser encaradas, em sua *ultima ratio*, como garantidoras da liberdade universal dos sujeitos (HEGEL, 1967).

Por sua vez, esse núcleo mínimo de direitos individuais que justificaram a formação do Estado moderno e do Constitucionalismo do século XVIII teve compreensão alargada por meio de pressões sociais, revoluções e conquistas históricas operadas culturalmente, de modo que, contemporaneamente, o Constitucionalismo compreende não apenas a proteção de direitos políticos, mas também sociais e coletivos (NEVES, 2007).

A Constituição brasileira pode ser compreendida como uma conquista, feita por pessoas que desejaram realizar uma sociedade moderna, sendo uma construção social que permitiu a diferenciação entre política e direito, e que por isso mesmo somente se mantém em razão de amplos pressupostos sociais para sua legitimidade e manutenção (NEVES, 2013).

Sem a existência de certo contexto social de diferenciação funcional e correção das assimetrias por meio de inclusão processual dos excluídos e da possibilidade desses influenciarem nas decisões do Estado, a Constituição não seria um mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política, mas de sobreposição de um em detrimento do outro (NEVES, 2013), autoritarismo disfarçado sobre o império da lei para satisfazer a vontade dos poderosos e, finalmente, sistema de direitos que em nada se coaduna com uma república e a reafirmação democrática da vontade por meio de seu artigo primeiro.

Se a ideia de Constitucionalismo reside na existência de um núcleo de direitos fundamentais que visam à proteção da liberdade dos sujeitos, estampados por meio de princípios jurídicos, a garantia do exercício da liberdade pelo direito prescinde, no Estado democrático, de procedimentos a serem seguidos de modo universal e contingente por todos em igual consideração e respeito, em especial porque tais procedimentos seriam os mecanismos públicos de deliberação jurídica, a partir de compromissos existentes na Constituição para os processos sociais de diferenciação funcional ou desrespeito à liberdade violada do outro. Não há como se buscar igualdade mediada através do Estado em um contexto democrático sem a existência de procedimentos aplicados a todos os sujeitos indistintamente, considerados no processo de formação da vontade que regule os conflitos jurídicos.

O papel do juiz, entre outros, tem por objetivo interpretar a Constituição, sem renunciar à garantia de que os mecanismos públicos de deliberação política e jurídica sejam exercidos por todos em igual consideração e respeito. Nesse sentido, o controle da discricionariedade judicial e de salvaguardas sempre foi uma preocupação de estudos teóricos que visam a impor restrições a posições pessoais por meio da busca por neutralidade ou, mais recentemente, através de forte crítica ao positivismo, que limita o dispositivo legal em subsunção automática ao caso concreto⁴.

O princípio no ordenamento pode ser considerado inserido no conceito de norma jurídica em sentido amplo, o que inclui tanto os princípios quanto as regras jurídicas. O termo, neste trabalho, não é compreendido como os princípios morais, subjetivos ou que transcendem questões metafísicas do intérprete, refletindo suas opiniões pessoais. Aliás, justamente porque tais questões discricionárias devem ser afastadas do conteúdo de significação da norma jurídica é que os princípios possuem força normativa para fazer parte do sistema do direito.

⁴ Sobre o tema, importante conhecer a opinião de Byron White (1962-2003) em *Robinson v. Califórnia*, 370 U.S. 660 (1962), divergindo da maioria no julgamento para entender que à interpretação constitucional não pode ser conferida caráter abstrato, mas a partir do julgamento dos fatos: "It has repeatedly been held in this Court that its practice will not be "to decide any constitutional question in advance of the necessity for its decision ... or ... except with reference to the particular facts to which it is to be applied". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1965).

A lei ou regra *per si* (o texto escrito) não acompanha uma estrutura condicional desde sua origem, sendo apenas texto. Ela nasce após a incidência da hipótese normativa ao caso concreto. Por sua vez, os princípios se estruturam condicionalmente no plano do dever-ser, se tornando máximas de condutas (NEVES, 2014, p. 41). A implicação da estrutura condicional de um princípio sobre a atividade de formação da norma jurídica em seu sentido amplo permite ao intérprete estruturar o raciocínio sobre argumentos mais flexíveis do que sob a base condicional da proposição se-então, possibilitando ao direito incorporar valores jurídicos aos argumentos que se estabelecem durante a atividade de interpretação judicial. De modo diverso, as regras jurídicas, por se estruturarem sobre a proposição se-então, devem ser consideradas sempre que o fato incidir concretamente sobre a hipótese normativa originalmente prevista no texto legal, sem maiores dificuldades.

Nesse ambiente, passados mais de 30 anos da promulgação do arcabouço jurídico estabelecido sob os princípios que se encontram positivados na Constituição de 1988, esses devem ser tratados com a importância de direitos e garantias fundamentais que merecem, pois são estruturas deontológicas que fornecem suporte jurídico à atividade de interpretação sob o contexto democrático, atuando ainda enquanto norte normativo para todo ordenamento jurídico, possuindo o papel dirigente de fornecer um norte-guia para os objetivos federativos do Brasil.

Dessa forma, a atividade decisória deve se vincular ao contexto constitucional e compreender que a autoridade da Corte é correlacionada com a maneira como ela justifica suas decisões na esfera pública (HABERMAS, 2012). Diversos são os autores que se debruçaram sobre tal preocupação, mas nos parece fundamental compreender que, sendo os princípios ferramentas de flexibilização do ordenamento para adequação da norma ao caso concreto, seu uso deve ser realizado de maneira proporcional. Assim, a fim de auxiliar de relacionar o uso de princípios por meio da proporcionalidade no processo decisório, passaremos a discorrer sobre os conceitos de Robert Alexy (2001, 2006), que devem ser compreendidos como mais uma ferramenta de apoio ao intérprete durante o processo decisório, que lhe permite justificar seu posicionamento por meio de critérios objetivos de razoabilidade e autocontenção, um instrumento valioso para superar eventuais conflitos e colisões de princípios constitucionais em contextos complexos.

2 O USO DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE - UMA FERRAMENTA RACIONAL DE CONTROLE DEMOCRÁTICO DAS DECISÕES

O uso de técnicas de balanceamento, proporcionalidade e ponderação serve como apoio à argumentação racional em um contexto decisório. Na guisa de se considerar a utilização de princípios em eventual colisão ou conflitos entre si – tendo em vista não existir superioridade entre regras e princípios, ou entre dois ou mais deles –, utilizaremos, neste tópico, a compreensão de Robert Alexy, tomada emprestada a partir de suas principais obras: Teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2001) e Teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2006). Além disso, consideraremos também a exposição de Alexy realizada nos dias 19 e 20 de outubro de 2017, por meio de aula magna ministrada para o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC –, na cidade de Chapecó, Santa Catarina, no evento Unoesc Robert Alexy International Legal Seminar, quando o autor realizou exposição dos conceitos gerais existentes nessas duas obras (informação verbal)⁵.

Compreendemos que Ronald Dworkin forneceu um importante arcabouço teórico à argumentação jurídica quando identificou a necessidade permanente de se manter o império do

⁵ Trata-se de anotações realizadas por um dos autores deste artigo, que participou do evento como ouvinte, tomou nota das falas do professor e as traduziu: aula magna realizada por Robert Alexy, nos dias 19 e 20 de outubro de 2017, para Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC –, na cidade de Chapecó, Santa Catarina, no evento Unoesc Robert Alexy International Legal Seminar. A essa palestra referem-se todas as informações verbais presentes neste artigo.

direito sobre a vontade, bem como ao considerar o caráter público das decisões judiciais e seu dever de fundamentação coerente e racional, e ainda quando verificou que, em algumas hipóteses, o argumento para aplicação do dispositivo é tão forte que qualquer outro em particular, contrário a essa afirmação, seria irracional. Em outras situações, porém, isso não é possível de se identificar tão facilmente, pois haveria tanto a dizer sobre os argumentos para aplicar ou afastar o dispositivo legal que operadores do direito poderiam discordar razoavelmente sobre o assunto e, ainda assim, haver uma resposta correta quando a Corte realizasse o teste de demonstração e fundamentasse a incidência ou não do dispositivo jurídico sobre os fatos levados à sua decisão.

Nesse entendimento, um argumento é bem sucedido se a sua consistência narrativa se encontrar com os fatos sobre os quais os participantes debatem, o que ainda assim traz dificuldades de aceitação a partir da personalidade, ideologia e história de cada participante, de modo que aquele que realiza a empreitada tem a difícil tarefa de explicar em que acredita, de forma objetivamente relacionada ao fato, a fim de demonstrar para as pessoas por que deve prevalecer seu argumento sobre o *hard case* analisado dentro daquele jogo literário de argumentações em que estão envolvidas (DWORKIN, 1978).

Assim, o raciocínio jurídico faria, de modo geral, uso da ideia de consistência normativa, o que certamente abre espaço para introduzir o subjetivismo nas razões de decidir. Isso porque, quando a Corte se depara com um conflito cuja solução do caso se insere em uma lacuna ou indeterminação, abre-se espaço para a discricionariedade judicial, momento que a consistência narrativa dos argumentos levantados pela Corte por meio de um teste de demonstrabilidade racional objetiva reduzir, uma vez que a aplicação ou não da proposição legal dependerá da demonstração de ganhos de performance sobre o caso concreto, visando comprovar que a correspondência levará a resultados mais favoráveis do que desfavoráveis quando analisados os efeitos da decisão sobre o *hard case*. É justamente por isso que Dworkin acredita haver uma resposta correta, mesmo quando a proposição não é válida, pois o julgador deverá realizar o teste de demonstrabilidade e justificação para que possa ser afastada ou aplicada a norma jurídica⁶ (DWORKIN, 1978).

Sobre tais afirmações, importante reafirmar menção anterior de que acreditamos não haver uma única resposta correta, mas a resposta possível para aquela decisão judicial proferida em determinado contexto. E ainda, que a existência de *hard cases* não implica desconsiderar o uso de princípios em contextos menos complexos. Dito isto, julgamos importante neste tópico também discorrer sobre os conceitos gerais da teoria de Robert Alexy, porque ela atua sobre outra vertente do problema que envolve o espaço de discricionariedade do intérprete ao proferir decisões judiciais. O autor compreendeu que certas decisões, ainda que devidamente justificadas, permanecem com conteúdo subjetivo, indeterminando os critérios que basearam os motivos argumentativos de um julgamento quando em rota de colisão de princípios. Reside, portanto, a centralidade de seu trabalho não nos meios de justificação argumentativa das decisões, mas na criação de modelos mais objetivos e matemáticos para o uso da proporcionalidade sobre o raciocínio que auxiliou o intérprete a produzir a norma jurídica para o caso concreto.

Cabe ainda ressaltar que a atividade de ponderação sempre realiza uma distinção normativa-teórica entre regras e princípios e que Robert Alexy certamente possui diferenças teóricas sutis em relação a Dworkin. É fundamental, porém, discorrer sobre suas ideias devido à larga aplicação pelos tribunais brasileiros, ainda que ao modo “tupiniquim”, motivo por que

⁶ No original em língua inglesa: “A proposition of law, like the proposition that Tom's contract is valid, is true if the best justification that can be provided for the body of propositions of law taken to be settled provides a better case for that proposition than for the contrary proposition that Tom's contracts not valid but is false if that justification provides a better case for that contrary proposition. There are important differences between the idea of consistency used in this account of legal reasoning and the idea of narrative consistency used in the literary exercise. Legal reasoning makes use of the idea of normative consistency which is plainly more complex than and may be thought to introduce grounds for claims of subjectivism does not present in, narrative consistency. Nevertheless, the comparison may help to explain why it is sensible to suppose that there might be a right answer to the question of whether Tom's contract is valid even when that answer cannot have demonstrated” (DWORKIN, 1978).

passaremos a expô-las a seguir, como mais uma contribuição para argumentos racionais em situações cuja margem de discricionariedade judicial se alarga.

Para Alexy (informação verbal), regras são comandos com definitividade, cuja forma de aplicação no processo decisório se estabelece por meio da subsunção. Portanto, se uma regra é válida e as condições de sua aplicação são observadas, ela é exigível na forma como está definida pelo ordenamento, devendo ser aplicada. De forma diversa, os princípios possuem a natureza jurídica de mandados de otimização que exigem do intérprete cumprir determinado princípio sempre de acordo com a máxima possibilidade de sua adequação (otimização), observadas as condições legais e fáticas que condicionam sua aplicação.

As possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios serão determinadas durante a análise da colisão entre mais de um deles, porque, quando considerados isoladamente, não há dúvidas de que exigem sua aplicação *prima facie*. Logo, somente quando confrontados é que técnicas de balanceamento são necessárias para justificar racionalmente a escolha de um sobre o outro.

Na compreensão de Robert Alexy (informação verbal), para se verificar o grau apropriado de satisfação de um princípio em relação a outros, o intérprete deve realizar o que ele denominou técnica de balanceamento, uma fórmula específica de aplicação em casos concretos e de justificativa racional para a escolha de uma máxima em detrimento de outra. A própria natureza dos princípios, enquanto mandados de otimização, conduz à necessária conexão que deve se estabelecer proporcionalmente entre eles. Nesse caso, o princípio da proporcionalidade é um conceito criado por ele e não se confunde com eventual princípio legal de mesmo nome, apesar de constituir resultado similar no que se refere a tomar decisões de maneira proporcional ao que o conflito necessita. Por sua vez, ele é implícito como meio razoável de se resolver colisões de princípios, porque realiza um balanceamento entre os princípios em conflito num caso judicial, apresentando para Alexy, três desdobramentos que orientam sua técnica de balanceamento:

- (1) adequação;
- (2) necessidade;
- (3) proporcionalidade em sentido estrito.

Todos os três subprincípios se referem a mandados de otimização, que orientam o balanceamento das condições fáticas e jurídicas do caso concreto durante o processo decisório. Os dois primeiros tratam da otimização relativa às realidades fáticas, enquanto o último se refere à otimização relativa às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2006).

Começaremos a discorrer sobre cada um deles, iniciando-se com o subprincípio da adequação: ele impede o intérprete de adotar meios que obstruam a realização de ao menos um princípio no caso concreto, sem que ao menos outro seja promovido de modo relativo à adoção de certo comportamento. Portanto, se uma determinada medida (M) vier a ser adotada com a intenção de promover um princípio (P1) e isso signifique a obstrução de outro (P2), então essa não deve ser adotada, porque os custos de restrição à regra *prima facie* de sua incidência em detrimento da medida (M) não se justificam (informação verbal).

Conclui-se, portanto, que somente quando constatado não haver custos na restrição de um dos princípios colididos é que (M) pode ser adotada. Por via de consequência, se (P1) e (P2) são utilizados em conjunto a fim de se alcançar o seu máximo grau de realização, (M) deve ser abandonada, já que a negativa de (P1) não ajuda a solucionar a escolha do (P2).

O autor, portanto, compreende os princípios jurídicos enquanto parte de um sistema único que toma a todos em seu conjunto. Assim, durante a adequação ao caso concreto, determinada medida não deve ser aplicada porque um princípio não pode ser abandonado apenas pela livre escolha de outro, mas sim quando claramente demonstrados os ganhos que sua restrição trará ao caso. Dessa forma, a técnica de adequação se refere à otimização *in pareto*: uma otimização pode ser alcançada, mas não em detrimento da outra (PEIRCE, 1923).

Alexy afirma que, embora a adequação seja uma das formas de declarar determinada inconstitucionalidade, ela foi usada pouquíssimas vezes nos últimos 60 anos pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (informação verbal). Isso porque, de modo geral, os meios utilizados pelo legislador para produzir determinada norma já satisfazem ao princípio da adequação, porque, ao criar a lei, fogem de regras absurdas ou de contrariedade clara aos princípios constitucionais.

Em relação ao segundo subprincípio, o da necessidade, a situação é diferente: ele prevê que quando existem dois meios de aplicar (P1), que são igualmente adequados para a finalidade do caso, aquele que interferir menos em relação ao outro princípio colidido deve ser o escolhido. Essa regra de aplicação deverá ser seguida sempre que existir uma forma de interferência menos intensa de uma máxima e que pode ser aplicada sem prejuízo à outra. Nessas condições, (P1) e (P2) em conjunto exigem que o meio de interferência seja o menor possível no ato de restrição, porque princípios visam proteger direitos fundamentais e se estabelecem *in pareto*. Assim, tal qual se aplica à adequação, a necessidade também se alinha com as possibilidades fáticas da situação em que está inserida. O objetivo de seu uso é prevenir os riscos e custos que podem ser evitados com uma decisão judicial que afasta de modo desnecessário determinado princípio em relação a outro (informação verbal).

No entanto, há casos em que os riscos e prejuízos são inevitáveis, pois, a colisão entre princípios é irreconciliável. Trata-se de questões constitucionais que quase sempre envolvem garantias fundamentais, temas morais com alta complexidade, situações de linchamento de opinião pública, entre outras, tal como o caso da legalização do aborto ou regulamentação das drogas. Nessas situações, a decisão judicial influenciará ambos os lados da controvérsia e inevitavelmente envolverá restrições de princípios. Assim, a melhor técnica de balanceamento é a da proporcionalidade estrita: ela se refere às possibilidades jurídicas de aplicação de determinado princípio durante a formação da norma jurídica, afastando outros por inadequação ao caso concreto. No livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2006) discorre sobre essa atividade formulando a lei do balanceamento.

A proporcionalidade escrita define que quanto maior o grau de não satisfação que se imponha a determinado princípio, maior o grau e importância de se satisfazer o outro. Assim, a lei do balanceamento exclui a possibilidade de uma interferência intensa à aplicação de (P1) quando utilizar-se também de (P2) signifique trazer um benefício menor do que apenas o uso de (P1). Isto é, mesmo tomando baliza de ambos os argumentos, os ganhos para não se afastar determinado princípio em detrimento de outro são menores do que escolher a prevalência do primeiro sobre o segundo.

Contudo, para se chegar a essa conclusão, Robert Alexy (informação verbal) afirma que deve ser aplicada ao caso a lei do balanceamento e sua denominada fórmula do peso – *Weight Formule* (ALEXY, 2006). Seu conceito importa diversas categorias matemáticas ao direito e à argumentação jurídica, possuindo as seguintes definições de legenda:

- I = intensidade
- w = peso abstrato
- R = reliability (confiabilidade)
- i = Princípio 1 (P1)
- i = Princípio 2 (P2)

Fórmula do Peso:

$$W I J = I_i W_i R_i$$

$$\frac{I_j W_j R_j}{I_i W_i R_i}$$

Em relação às variáveis da fórmula proposta por Robert Alexy (informação verbal), quando aplicadas ao caso concreto, todas devem ser traduzidas numericamente sobre frações na base dois, elevadas em potências. Frisa-se: somente as potências são alteradas de acordo com o grau de importância concebida pelo intérprete para determinado princípio durante o processo decisório. Por sua vez, o grau de intensidade e o peso abstrato atribuído podem ser divididos em:

- (1) leve - potência 1;
- (2) média - potência 2;
- (3) séria - potência 4.

A fórmula é resultante do quociente entre fatores, que somente tem sentido por aplicação de números e, portanto, se refere a um problema de gradação em escala geométrica e exponencial. Em razão disso, Alexy (informação verbal) propõe que a aplicação de sua fórmula seja feita por meio de um sistema não contínuo em escala triádica, que se vale de sequências geométricas. Para ele, tal escala atribui valores que são relativos a interferências que podem ser graduadas como leve, moderado ou sério e cujo valor se relaciona com a intensidade das interferências e de pesos abstratos estabelecidos pelo julgador. Portanto, a atribuição de números será feita através de valores definidos em potências matemáticas na base 2 (ALEXY, 2010).

Há ainda uma variável diversa da regra geral, que se refere ao grau de confiabilidade técnica ou científica em relação à controvérsia. Como exemplo, podemos citar o caso do aborto, em que há controvérsia científica a respeito da origem da vida: para solução do caso em concreto, deveria ser ouvida a comunidade científica a fim de se saber com maior precisão possível (confiabilidade) quando se inicia a vida durante a gestação. Especificamente em relação à confiabilidade (R), ela pode ser considerada:

- (1) confiável, indicada matematicamente na base 2 e potência elevado a zero = (1);
- (2) plausível, representada matematicamente na base 2 e potência elevado a -1 = (0,5);
- (3) não evidentemente falsa, representada matematicamente na base 2 e potência elevado a -2 (dividir por 4).

Por meio dessa tríade entre peso abstrato, confiabilidade e intensidade, a maioria das decisões constitucionais poderá ser facilmente compreendida. Em grande parte dos casos, será suficiente a gradação em 3 estágios. Contudo, naquelas situações de maior complexidade, Robert Alexy (informação verbal) propôs um refinamento da escala triádica, denominada por ele de dupla triádica (*double triadic*), em que as potências na base dois dobrariam sua intensidade de gradação, calibrando maior a margem de heterogeneidade do princípio⁷. Contudo, haja vista que a escala dupla triádica traz maiores complicações e confusões – e como aqui o objetivo é apenas introduzir os conceitos gerais do autor –, não discorreremos sobre ela neste trabalho.

A fim de demonstrar o uso da teoria da proporcionalidade e a técnica de balanceamento em um exemplo mais objetivo, passaremos agora a discorrer sobre determinado caso hipotético de colisão entre os princípios do contraditório e da segurança. Suponhamos que o Estado do Espírito Santo tenha ingressado com uma ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência *inaldita altera pars* em face da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de suspender a entrada de advogados nos presídios locais, alegando falta de segurança. Para o referido exemplo, não entraremos no mérito que envolve o direito material dos pedidos, mas tão somente a colisão de princípios enfrentada pelo juiz para analisar a medida de urgência. Assim, teríamos ao menos dois princípios em colisão: o princípio da segurança (artigo 5º da CF), de cunho material, e, um de cunho processual, o princípio do contraditório (artigo 5º, inciso LV da CF e art. 7º do CPC).

Para se utilizar da técnica do balanceamento na resolução do conflito, o intérprete sopesaria a situação no caso concreto, os valores em jogo, o contexto cultural e político daquele momento e atribuiria matematicamente um valor objetivo, com base no grau de intensidade e peso abstrato que entende merecer cada princípio na controvérsia instaurada. Passaremos a supor que,

⁷ Para conhecer mais sobre a dupla triádica, ver: ALEXY, 2010.

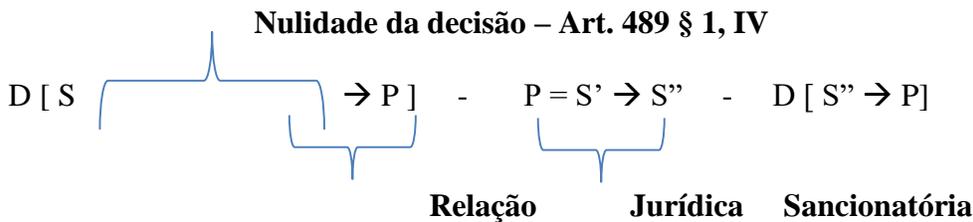
sobre o princípio da segurança, foi definido uma intensidade Média (I²) e peso abstrato Sério (w³), uma vez que, em tese, a segurança pública dos sujeitos sempre deve ser levada em sua máxima gravidade.

Em relação ao princípio do contraditório, vamos supor que ele foi definido por uma intensidade Séria (I³) e peso abstrato Sério (w³), já que é uma garantia fundamental ao processo justo em um ambiente democrático. Em relação à confiabilidade (R), suponhamos que o Estado do Espírito Santo tenha alegado falta de segurança, mas não comprovado a ausência de condições técnicas para garantir a integridade dos advogados no presídio. Nesse caso, teríamos um grau de confiabilidade não evidentemente falso (R⁻²).

De modo diverso, aplicaríamos ao princípio do contraditório o grau de confiável, uma vez que dogmaticamente a estrutura da Constituição Federal brasileira (art. 5º, inciso LV, da CF/88) e do processo civil (arts. 9º e 10 do CPC) pressupõem a tal princípio um grau de certeza elevado (R⁰). Desse modo, teríamos o seguinte resultado matemático:

$$\begin{array}{r}
 W I J = I_i W_i R_i \\
 \hline
 I_j W_j R_j \\
 W I J = \frac{2^2 2^2 2^{-2}}{2^3 2^3 2^0}
 \end{array}
 \qquad
 \begin{array}{r}
 W I J = 4 + 4 + 0.25 \\
 \hline
 8 + 8 + 1 \\
 W I J = \frac{8.25}{17} \\
 \hline
 \mathbf{W I J = 0,48}
 \end{array}$$

Princípio do Contraditório



Robert Alexy (informação verbal) afirma que o resultado da fórmula W poderá ser fraco, próprio ou impróprio: será sempre próprio se for menor que um, devendo o intérprete decidir com base no (P2) em eventual colisão; será sempre impróprio se o resultado for maior que um, o que significa que (P1) deverá ser o escolhido para auxiliar no raciocínio de produção da norma concreta; por fim, se o resultado for igual a um, significa que o grau de importância dos princípios é tamanho que somente o Legislador, isto é, aquele que possui legitimidade por sufrágio universal para decidir as regras jurídicas que todos devemos seguir, deve decidir sobre a colisão de princípios enfrentada, cabendo ao juiz remeter ao Parlamento a controvérsia dos princípios fundamentais em colisão para ser disciplinado por lei.

Em nosso exemplo, sendo o resultado menor que um (0,485), deveria o intérprete decidir com base no princípio do contraditório, não proferindo a Tutela de Urgência sem que o referido contraditório efetivo entre os fundamentos relevantes do Governo e da Ordem dos Advogados do Brasil seja apresentado ao juiz com condições de influenciá-lo sobre a decisão. Contudo, se o resultado fosse igual a um, o juiz deveria considerar a manifestação do Legislativo sobre o tema, a fim de se evitar uma intervenção desproporcional.

Verifica-se, portanto, que a teoria da proporcionalidade de Alexy contribui com critérios objetivos para se justificar decisões judiciais em colisões de princípios, aprofundando a discussão sobre coerência e proporcionalidade da atividade decisória com outras ferramentas ao debate público das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em um ambiente democrático, demonstrando ser um importante instrumento para que os princípios constitucionais elencados na Constituição de 1988 não sejam utilizados de maneira casuística ou desproporcional, mas a partir de determinado critério objetivo indicado de maneira fundamentada durante a tomada de decisões estatais.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscamos problematizar os conceitos que diferenciam princípios de regras, bem como os dilemas experimentados por Dworkin para afastar a discricionariedade do julgador em casos difíceis e o papel que os princípios exercem para densificar direitos durante a atividade de interpretação da norma ao caso concreto.

Procuramos ainda relacionar o papel que os princípios exercem durante a atividade decisória com as técnicas de balanceamento em caso de colisões, expondo os critérios indicados por Robert Alexy como mais um dos esforços de se apropriar de meios de justificação objetivos para decisões complexas. Essas ferramentas fornecem ao julgador e à sociedade civil mecanismos para avaliar decisões de Estado, além de justificar a escolha de determinados princípios em detrimento de outros, quando colididos no caso concreto, fornecendo o substrato necessário para mensurar o impacto de determinadas medidas e as consequências dos comportamentos tomados.

Ambas as teorias auxiliam o intérprete a utilizar todo o arcabouço normativo do ordenamento jurídico e não apenas o texto da lei ou a simples subsunção do caso à regras jurídicas. Todo esse dilema contribui para fornecer, em um Estado Democrático Constitucional, critérios de contingência interna das decisões judiciais e de participação externa por meio da avaliação sobre os caminhos fundamentados que o julgador tomou para se chegar à sua conclusão.

Esse debate contribui para o fortalecimento dos princípios constitucionais elencados na Constituição de 1988, a fim de se afastar decisões casuísticas e conflitantes entre si, cujo único resultado é provocar a banalização dos direitos fundamentais e dos princípios que passam a não ser considerados como centrais durante o processo decisório, mas acessórios em meio à inundação de argumentos de baixa intensidade que invocam determinado princípio apenas para esconder interesses pessoais, corporativos, patrimoniais ou privados em detrimento do espaço público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Constitutional rights and proportionality. Chinese Yearbook of Constitutional Law, v. 2010, p. 221-235, 2010.

DWORKIN, Ronald. No right answer? New York University Law Review, New York, v. 53, n. 1, p. 1-32, abr. 1978.

_____. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Levando os direitos a sério. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Justia Opinion Summary and Annotations. Primeira Parte: Joseph Lochner. Segunda Parte: New York. Decisão: James Holmes. New York, 17 de abril de 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

_____. Justia Opinion Summary and Annotations. Primeira Parte: Robinson. Segunda Parte: California. Decisão: Byron White. California, 25 de junho de 1965. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/660/#F3/1>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade 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.

HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Hegel's philosophy of right. London: Oxford University Press, 1967.

HOBBS, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONNETH, Axel. A textura da justiça - sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. Civitas Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 9, p. 345-368, set./dez. 2009.

_____. Direito da Liberdade. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Emmanuel. Crítica da razão prática. São Paulo: Escala, 2006. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé. Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UnB, 2001.

_____. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. Constituição e esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013.

_____. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PEIRCE, Charles Sanders. Chance, love and logic: philosophical essays. Nebraska: U of Nebraska Press, 1923.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcelo. O núcleo normativo e operacional de uma abordagem institucional a partir das obras de Nancy Fraser e Mangabeira Unger. Argumentos - Revista de Filosofia, Fortaleza, v. 18, p. 138-148, jul./dez. 2017.