

“Crítica da razão ponderativa”: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo

"Critique of balancing reason": the difficulties of weighting principles in times of contemporary constitutionalism

Eduardo de Figueiredo Andrade Paz¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. O sopesamento entre princípios colidentes; 3. Crítica da razão ponderativa; 4. O direito autônomo enquanto sistema funcionalmente diferenciado; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo a análise de uma das mais difundidas categorias conceituais desenvolvidas pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade, sobretudo no que se refere à ponderação como método orientado à resolução de antinomias consistentes na colisão entre princípios – mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Busca-se, com isso, questionar se o tratamento dos princípios jurídicos levado a efeito pelo mestre alemão, nos moldes das premissas por ele levantadas em sua teoria, poderia erigir obstáculos ao controle da legalidade e da constitucionalidade das decisões judiciais, abrindo caminho para o ingresso da racionalidade prática do intérprete-aplicador na produção do discurso de fundamentação da decisão judicial. O foco do trabalho é a discussão sobre a discricionariedade judicial no sopesamento entre princípios colidentes, de modo a pôr em perspectiva a suposta racionalidade do método proposto pela teoria da argumentação alexyana, questionando a legitimidade constitucional de seu emprego na solução dos casos apresentados à apreciação judicial.

Palavras-chave: Proporcionalidade; Ponderação; Discricionariedade; Constitucionalidade; Estado de Direito; Teoria da Argumentação Jurídica.

Abstract: This article aims to analyze one of the most widespread conceptual categories developed by Robert Alexy's theory of fundamental rights, the maxim of proportionality, especially with regard to weighting as a method aimed at resolving conflicting antinomies between principles - optimization commandments that determine that something is carried out to the greatest extent possible, according to the factual and legal possibilities. It seeks, therefore, to question whether the treatment of legal principles carried out by the German master, according to the premises he raised in his theory, could erect obstacles to the control of the legality and constitutionality of judicial decisions, paving the way for the entry of the judge's practical reasoning in the production of the judicial decision. The focus of this work is the discussion on judicial discretion in weighing conflicting principles, in order to

¹Eduardo de Figueiredo Andrade Paz é doutorando e mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho.

put in perspective the supposed rationality of the method proposed by the theory of legal argumentation, questioning the constitutional legitimacy of its use in the solution of cases presented to the judiciary.

Keywords: Proportionality; Balancing; Discretion; Constitutionality; Rule of Law; Theory of Legal Argumentation.

1. Introdução

Este esboço cuida do papel constitucional daquilo que a doutrina contemporânea, propondo o desenvolvimento de uma teoria substancialista externa ao esquema formalista lógico-aplicativo do positivismo clássico, vem chamando de “princípio da proporcionalidade”, vetor supostamente utilizado para prover o balanceamento de princípios colidentes. Esta teoria teria como principal escopo auxiliar o juiz na realização de distinções qualitativas entre direitos colidentes, de modo a proporcionar maior grau de legitimação a restrições de direitos fundamentais.

Tem-se, contudo, que a proporcionalidade é daquelas categorias que vêm sendo alvo de uma compreensão equivocada, fruto do senso comum teórico jurídico, inclusive por parte da literatura mais especializada. Sarmento, inclusive, ao listar vários fenômenos implicados na ideia de neoconstitucionalismo, trata da ponderação ora como princípio, ora como mecanismo de formulação de raciocínios jurídicos “mais abertos”:

“(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”².

Afirma-se, inclusive, em doutrina, que o “princípio da proporcionalidade” representa um mecanismo de abertura em meio a uma legalidade demasiadamente cerrada. Partindo de premissas de discutível racionalidade, busca-se firmar, através do método e para além do direito positivo, vetores para o manuseio de uma metafísica ordem transitiva de valores, que seria compartilhada por toda a comunidade política³.

Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, estabelece, contudo, a proporcionalidade como uma máxima a ser utilizada como etapa de um método criado para solucionar colisões entre princípios. Cuida-se da máxima da proporcionalidade – que possui natureza de regra, não de princípio⁴.

A distinção supra não é meramente semântica. Como a máxima da proporcionalidade é critério de determinação de pesos em hipóteses de colisão entre princípios, não poderia ser ela mesma um princípio. E mais, o próprio Alexy considera a três máximas parciais da proporcionalidade como regras.

²SARMENTO, D. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, pp. 95-133, jan./mar. 2009, p. 1.

³COMELLA, V.F. “Mais alla del principio de proporcionalidade”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 46, n. 1, pp. 161-188, maio 2020, p. 4.

⁴ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, 1^o ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011, pp. 557-559.

Em Alexy, princípios são mandamentos de otimização que devem ser cumpridos na maior medida possível – devem ser otimizados. Como poderia, então, o próprio critério que julga a otimização dos princípios ser otimizado?⁵

Entretanto, conforme se demonstrará, a ponderação, bem assim suas três submáximas, não passam de uma tentativa metodológica de racionalizar a jurisprudência dos valores. A partir da virada ontológico-linguística, ficou bastante claro que o *método* se consubstancia no sumo momento da subjetividade do intérprete. Não há qualquer garantia de controle da correção dos processos adjudicativos que se desenvolvem na cerradura da mente do intérprete-aplicador do direito.

O próprio Alexy, no posfácio de 2002 de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, assume que, ao fim e ao cabo, seu método não escapa à discricionariedade do juiz. Pontifica o autor que, diante da impossibilidade da aferição (pelo sujeito juiz) da relação de precedência concreta dos princípios colidentes, há um impasse estrutural no processo de otimização que faz exsurgir para o aplicador uma discricionariedade para agir, também de natureza estrutural.

“Ambas as decisões demonstram, portanto, que há casos em que, com o auxílio da lei do sopesamento, são impostos limites à atividade estatal de forma racional. Com isso, refuta-se a tese de que o sopesamento, no limite, tudo permitiria, em virtude da falta de parâmetros racionais. A lei do sopesamento sobrevive, assim, às objeções de Habermas. Agora é, então, necessário verificar se isso ocorre também em relação às objeções de *Böckenförde*. Para tanto, a lei do sopesamento tem que ser compatível com um grau suficiente de discricionariedade”⁶.

O autor alemão desenvolve uma sofisticada teoria argumentativa para, ao final, render-se à vetustas premissas do positivismo normativista do início do Século XX, que põe na discricionariedade do juiz a tônica da resolução de casos problemáticos que não encontram solução imediata nas normas postas pelo legislador positivo (interpretação como ato de vontade).

Tem-se, desse modo, que o axiologismo assumido por esta teoria acaba enxergando o direito como uma ordem de valores negociáveis, contribuindo para a erosão da força normativa da Constituição, que vai sendo paulatinamente substituída por discursos adjudicadores com pretensão corretiva. É uma análise da ponderação alexyana, fundada na Crítica Hermenêutica do Direito, que se pretende doravante empenhar.

2. O sopesamento entre princípios colidentes

Como salientou o filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, norma é “algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”. A norma consiste, assim, em uma proposição prescritiva que implica um juízo hipotético ou categórico de dever-ser, expressando-se na forma de um dos três modais deônticos fundamentais: permissão, proibição e dever.⁷

O ordenamento jurídico, ao fim e ao cabo, é composto por uma pluralidade de normas que, inter-relacionadas de modo mais ou menos coerente e harmônico, formam o edifício do Direito.

Bobbio exclui peremptoriamente a possibilidade da existência de um ordenamento jurídico composto de uma só norma. Com efeito, a definição de

⁵ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, pp. 557-559.

⁶ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 559.

⁷ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8º ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 5.

ordenamento jurídico, enquanto sistema normativo, pressupõe que em sua constituição concorra uma pluralidade de normas⁸.

Muitos são os critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina para classificar as normas jurídicas. Esses critérios, em geral, dizem com sua generalidade, abstração, hierarquia, fundamentalidade etc.

Nesse contexto, aduz Alexy que talvez o critério mais utilizado para classificar as normas jurídicas seja o da generalidade. Nos termos propostos por esse critério, as normas são divididas em regras e princípios, de modo que, enquanto estes são dotados de um grau de generalidade mais acentuado, aquelas são relativamente mais concretas⁹.

O autor alemão não desconhece as contribuições dos diversos modelos classificatórios delineados ao longo da evolução da ciência do direito, embora considere que, em muitos casos, haja uma verdadeira interpenetração conceitual que implica confusão entre categorias, em detrimento de maior clareza e precisão científicas.

Na linha daquilo que propõe sua teoria, as normas se podem distinguir em regras e princípios, e entre ambos existe não apenas uma diferença gradual, como prega a dogmática clássica, mas também uma diferença qualitativa.

Conforme expendido linhas acima, preleciona a doutrina clássica, em lição que comporta algumas variações, que se diz princípio o:

“[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁰.

Norberto Bobbio, em sua teoria do ordenamento jurídico, abraçando os critérios da fundamentalidade e da generalidade, chega a afirmar que princípios jurídicos “são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema”.¹¹

Abandonando esses critérios, Alexy passa à compreensão de que princípios são mandamentos de otimização: normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim é que os princípios permitem vários graus de satisfação, a depender das circunstâncias fáticas, bem assim dos limites jurídicos impostos por outras normas.

As regras, lado outro, são mandamentos definitivos (se não houve o estabelecimento de alguma exceção), normas que determinam que algo seja realizado na exata medida de suas prescrições, é dizer, ou são satisfeitas, ou não. Se uma regra é válida, deve ser obedecida nos precisos limites daquilo que determina. Para Alexy:

“[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹².

Nisso reside, na esteira alexyana, a diferença qualitativa entre princípios e regras: o fato de os princípios, por serem mandamentos de otimização, poderem ser

⁸ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPIRO, 2014, pp. 147-148.

⁹ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, pp. 90-92.

¹⁰ LOPES, M.A.R. *Garantias constitucionais do processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 55.

¹¹ BOBBIO, N. *Ob. Cit.*, p. 148.

¹² ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 92.

satisfeitos em diversos graus, ao passo que as regras, tendo natureza de mandamento de definição, apenas podem ser satisfeitas, ou não satisfeitas.

Pois bem, conforme demonstrado, segundo a Teoria da Argumentação Jurídica, regras e princípios são estruturalmente diferentes. As primeiras, apresentam-se como mandamentos de definição, enquanto os últimos, como mandamentos de otimização.

Repise-se, o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade. É dizer, duas regras igualmente válidas e contraditórias não podem, em um dado contexto, reger uma mesma situação concreta. Um conflito entre regras apenas se pode solucionar inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso contrário, uma das regras deve ter declarada sua invalidade. Observe-se que, em Alexy, "invalidade" equivale ao que a dogmática jurídica brasileira denomina "ineficácia", é dizer, a regra deve ser afastada, não incidir.

Já os princípios, como sobredito, por se estruturarem como mandamentos de otimização, comportando variados graus de satisfação, devem ter solucionadas eventuais colisões de maneira inteiramente diversa. Dois princípios colidem quando, segundo um deles, um comportamento é proibido e, de acordo com o outro, permitido (ou devido).

Quando dois princípios colidem, não se deve introduzir em qualquer deles uma cláusula de exceção, muito menos declarar sua invalidade. Um deles deve ceder, ou seja, entre os princípios colidentes, em determinadas condições, deve ser estabelecida uma relação de precedência condicionada. Mudando as circunstâncias concretas, a relação de precedência também deve mudar.

Seguindo a diretriz teórica em exame, devido ao fato de os princípios se estruturarem como normas *prima facie*, podendo, a depender da realidade empírica apresentada, ceder perante razões mais contundentes, a verificação de seu peso concreto não prescinde da efetivação de um sopesamento.

Nesse ponto, cumpre referir a importante observação feita por Robert Alexy:

"Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza"¹³.

Pois bem, a proporcionalidade é definida como um princípio que sintetiza três máximas parciais ou subprincípios constitutivos, a saber: (a) adequação ou idoneidade técnica; (b) necessidade ou exigência da opção pelo meio menos gravoso e; (c) proporcionalidade *stricto sensu* ou análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados (sopesamento propriamente dito).¹⁴

"Cada paso plantea una pregunta que requiere ser contestada de forma afirmativa para que las cortes puedan concluir que la limitación del derecho bajo examen está justificada. Los tres pasos son: en primer lugar ¿es la restricción una medida idónea para alcanzar, o ayudar a lograr, un objetivo constitucional legítimo? En segundo lugar ¿es esta restricción realmente necesaria? En otros términos, ¿existe alguna medida menos invasiva del derecho que permita alcanzar el mismo objetivo? En tercer lugar, ¿es la carga impuesta al ejercicio

¹³ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 116-117.

¹⁴ SARLET, I.W. "Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 81, p. 325-386, 1 jan., 2005, p. 2.

del derecho proporcional al beneficio que se deriva de ella en términos de la consecución del objetivo constitucional? Si una medida proferida por el gobierno satisface estas tres exigencias (las cuales usualmente son llamadas idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), la medida será convalidada por los jueces"¹⁵.

A adequação e a necessidade decorrem da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das consequências jurídicas. Isso importa em dizer que as possibilidades fáticas de um princípio são limitadas pela adequação e pela necessidade, ao passo que as possibilidades jurídicas são limitadas pelas regras e princípios colidentes – proporcionalidade em sentido estrito.

O exemplo a seguir demonstra bem o que foi acima exposto: imagine que o Estado pretenda adotar uma medida M1 para satisfazer uma demanda exigida pelo princípio P1, mas, para isso, seja inevitável intervir negativamente em um princípio P2. A análise da adequação induz à verificação da aptidão da medida M1 para promover o princípio P1.

Se a medida M1 não for apta, ela é proibida. Se for apta, ela é permitida. Passa-se, a seguir, à verificação de sua necessidade, ou seja, se M1, dentre todas as medidas disponíveis, é a que provoca a intervenção menos gravosa em P2.

Assumindo, entretanto, que todas as medidas ao alcance do Estado ofereçam um mesmo grau de intervenção em P2, já que mesmo uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional, é fundamental averiguar a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito), implicando na aferição do equilíbrio entre a intensidade da intervenção em P2 e a importância da satisfação de P1, de modo que esta seja justificada por aquela.

Alexy chega a erigir uma escala de valores que atribui aos princípios colidentes. Essa escala distingue o grau de intervenção operado, conforme o caso, em leve (l), moderado (m) ou sério (s), devendo sempre a interferência no direito ser precedida de uma fundamentação argumentativa séria e correta do ponto de vista dos direitos fundamentais.

O escalonamento proposto por Alexy, embora não pretenda ser uma metrificação precisa da importância dos valores colidentes, acaba tratando princípios jurídicos como se fossem uma categoria passível de ser mensurada matematicamente.

Ora, mesmo em face desse "refinamento" teórico, não descartou, o próprio Alexy, a chance de haver impasses, dada a possibilidade de equivalência entre bens jurídicos e de incertezas empíricas no manejo de princípios em tensão, especialmente diante de embates entre direitos fundamentais.

Compreendido o escopo do sopesamento, as questões divisadas pelos críticos de Alexy foram no sentido de perquirir o que fazer caso os princípios colidentes tenham, em dada circunstância concreta, um peso equivalente, que não permita o teste da proporcionalidade em sentido estrito; e de como proceder face à existência de incertezas cognitivas, isto é, de uma conjuntura em que as circunstâncias empíricas ou normativas fornecidas não permitam aferir a quantificação virtual do peso de cada princípio, seja pela ausência de conhecimento técnico ou científico, seja pela impossibilidade da previsão dos impactos da medida pretendida na própria realidade fática.

Jürgen Habermas, inclusive, objeta que o sopesamento consistiria numa técnica por demais casuística, que seguiria uma "ordem transitiva de valores",

¹⁵ COMELLA, V.F. *Ob. Cit.*, p. 163.

sofrendo pela ausência de parâmetros racionais, operando de modo arbitrário, conduzido por "ordens de precedência e padrões consuetudinários"¹⁶.

Com efeito, frisa o jusfilósofo da Escola de Frankfurt que "Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modelo economicista de fundamentação, proposto por Alexy, não consegue levar a discussão adiante"¹⁷. Diversos são os autores que teceram críticas à técnica do sopesamento, a exemplo de Friedrich Müller, Ernst Böckenförd, Matthias Jestaedt e Karl Hain.

O próprio Alexy declara reconhecer que em alguns casos a ponderação não logra conduzir a uma resposta racional. Seu método não escapa à utilização da discricionariedade pelo juiz, haja vista que, diante da impossibilidade da aferição da relação de precedência concreta dos princípios colidentes, exsurge para o aplicador uma discricionariedade para "escolher" a norma a aplicar.

3. Crítica da razão ponderativa

Cumprir destacar, inicialmente, em função do que esta crítica propõe, as raízes deste controverso instituto chamado "ponderação". Foi concebida desta forma, a ponderação de valores, na Alemanha do segundo pós-guerra, durante a vigência da lei fundamental de Bonn, de 1949. Sucede que a criação dessa máxima remonta àquilo que se convencionou denominar de jurisprudência dos valores, que encontrou eco no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em face da outorga da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) pelos aliados, no ano de 1949.

"El principio de proporcionalidad, concebido de esta forma, fue desarrollada en Alemania, en vigencia de la ley fundamental de Bonn de 1949. Sin embargo, sus orígenes se remontan al derecho administrativo decimonónico. Las cortes administrativas alemanas, especialmente el *Obertverwaltungsgericht* prusiano, recurrieron de forma constante a análisis de proporcionalidad para limitar los poderes de policía del Estado. A partir de allí, otros países en todo el mundo incorporaron este instrumento dentro de sus prácticas de decisión constitucional. Existen, naturalmente, divergencias en la forma en que este principio ha sido estructurado y aplicado en distintas jurisdicciones. Sin embargo, un marco común ha surgido"¹⁸.

Naquele contexto histórico, esta corrente de pensamento teve por objetivo, através da invocação dos "valores do povo alemão", tornar operativa uma constituição que fora outorgada sem a participação deste mesmo povo. Criou-se um mecanismo de abertura para uma legalidade demasiadamente cerrada.

Denota-se, com isso, que a jurisprudência dos valores buscou, de maneira pouco racional e irrefletida, encontrar, para além do direito positivo, uma ordem transitiva de valores compartilhada pela comunidade política.

No Brasil e em muitos outros países, a jurisprudência dos valores foi importada de forma acrítica com a popularização da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, principalmente sob a forma de uma vulgata da ponderação de valores.

Comella (2020) traz à baila que a proporcionalidade é produto normativo da jurisprudência das cortes e de trabalho doutrinal de acadêmicos e espertos, em particular dos filósofos do direito, que a relacionam a noções básicas de razão prática e justiça.

Ora, a razão prática, como cediço, é produto da mente, da subjetividade particularista de um sujeito aprisionado no paradigma epistemológico da filosofia da

¹⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 319-320.

¹⁷ HABERMAS, J. *Ob. Cit.*, p. 321.

¹⁸ COMELLA, V.F. *Ob. Cit.*, p. 163.

consciência (relação sujeito-objeto). Sempre casuística, a razão prática, locus privilegiado do sujeito da modernidade, é barbárie interior que não se sujeita a constrangimentos externos (é impossível quem garantir a correção – e a lealdade – do uso da razão prática pelo intérprete-juiz).

“Ademais, a escolha do princípio aplicável ‘repristina’ a antiga ‘delegação positivista’, representada pela cisão entre discursos teóricos e raciocínios práticos. Cabe ao intérprete-juiz dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir em face das ‘insuficiências ônticas’. Daí a pergunta: qual é a diferença desses critérios dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é exatamente não ter um critério para definir qual o melhor critério, dir-se-ia, em outras palavras, a ‘ausência/impossibilidade’ de um *Grundmethode*?”¹⁹.

A proporcionalidade, na vertente alexyana, permitiria introduzir certo grau de disciplina intelectual no raciocínio que as cortes desenvolvem ao analisar os limites dos direitos fundamentais. O que ocorre, contudo, é o oposto.

A teoria da argumentação, ao falar em mandamentos de otimização, promove uma abertura interpretativa que apela para a subjetividade do intérprete (metafísica ontoteológica moderna), aumentando, ao invés de diminuir, a discricionariedade do intérprete.

Mais, na medida em que a proporcionalidade apenas é invocada para a resolução dos chamados casos difíceis, cabe ao intérprete hierarquizar e decidir acerca do princípio que deverá prevalecer. Os direitos, aqui, são tratados como valores negociáveis, o que culmina na erosão da força normativa da Constituição, que é substituída por um discurso adjudicador com pretensão de correção.

A máxima da proporcionalidade tem como pressuposto latente a assunção de que princípios têm a estrutura de valores. A limitação de direitos levaria então implícita a ideia de que alguns conflitos podem surgir, havendo a necessidade de se interpretar de maneira holística os distintos valores que a constituição considera legítimos.

A premissa acima desenvolvida suscita um problema fundamental e inescapável: o direito é uma ordem deontológica e não axiológica. Princípios não são valores, princípios são normas, que, como quaisquer outras, são carentes de concretização, em maior ou em menor medida.

Princípios não promovem uma abertura interpretativa no sistema, mas um fechamento. Reintroduzem e reabilitam e institucionalizam a dimensão prática do mundo da vida no interior do direito. Posturas axiologistas – como a que considera que princípios são valores –, fazem soçobrar a Constituição, dando azo a atitudes incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Quando o juiz diz estar decidindo conforme os valores da comunidade política, está, na verdade, manejando sua compreensão subjetiva (verdade representacional) do que sejam os valores dessa comunidade. Não há acesso direto ao mundo, já dizia Kant. Não existe valor como um dado objetivamente apreensível pela razão do sujeito cognoscente (gnosilogismo). Resta, assim, a plenipotenciabilidade do juiz, a autorização para a promoção de extorsões de sentido.²⁰

Ao render-se ao “sopesamento” de princípios (ou valores) colidentes, os juízes necessitam, lançar mão de sua intuição, de seus juízos intuitivos. Isso porque “*no hay una máquina que permita calcular el peso de los diversos derechos e intereses*”. Desta sorte, a aplicação da proporcionalidade, no dizer do autor, requerer “*una teoria que articule este tipo de juicios intuitivos com los pesos*

¹⁹ STRECK, L.L. *Verdade e consenso*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2017, p. 60.

²⁰ STRECK, L.L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

abstractos". E, assim, mais de duzentos anos de teoria do direito são lançados janela afora²¹.

4. O direito autônomo enquanto sistema funcionalmente diferenciado

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann propõe que a sociedade moderna é composta de uma pluralidade de subsistemas sociais autônomos, organizados a partir de critérios funcionais, cada um exercendo um papel específico – uma função. Luhmann enxerga a sociedade como um sistema omniabarcador que se diferencia em vários subsistemas, como o jurídico, o político, o econômico, o científico etc. Antes de começar, porém, a discorrer sobre o objeto deste estudo – o sistema jurídico –, cumpre trazer à baila algumas noções gerais do edifício teórico-sistêmico erigido por Luhmann. Para ele, tudo aquilo que não se traduz em comunicação é tido como ambiente do sistema social. Os sistemas psíquicos, por conseguinte, situam-se fora da sociedade, qualificando-se como usuários das estruturas comunicativas dos sistemas sociais, a eles acoplados estruturalmente por meio da linguagem.

Os sistemas sociais são autopoieticos e resultam da diferença sistema/ambiente. É levando em conta essa distinção que os sistemas sociais levam a efeito, a partir de seus próprios elementos, todas as suas operações. Autopoiese (do grego, auto "próprio", e poiesis "criação") é um termo cunhado pelos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para descrever a capacidade dos seres vivos de criarem a si mesmos²². Sistema autopoietico é aquele capaz de autoproduzir seus próprios elementos e estruturas a partir de si mesmo. Esse processo conduz à diferenciação do sistema em relação ao seu entorno, conduzindo ao desenvolvimento – com base em um instrumento seletivo autoproduzido (o sentido) – daquilo que Luhmann denomina de autorreferência, isto é, a capacidade do sistema de travar relações consigo mesmo, diferenciando-as daquelas estabelecidas com seu entorno (heterorreferência), permitindo assim seu fechamento operacional. O ambiente apenas funciona "irritando" o sistema, estimulando-o a se autorreproduzir. Daí a necessidade de algo que promova um papel seletivo e regulador de suas operações internas, do código binário, que estabelece um esquematismo de valores do tipo positivo/negativo, orientando todos os processos comunicativos e garantindo a adjudicação das operações do sistema. Esse código binário orienta a seleção dos temas que serão objeto de comunicação pelo sistema. O código binário do sistema jurídico pode ser exprimido como "direito/não-direito". Para contrabalançar a rigidez e a invariabilidade do código binário, o sistema cria programas, cuja finalidade é o estabelecimento de critérios para a correta adjudicação de seus valores. A autorreferência e o fechamento operacional não implicam, de modo algum, em um solipsismo autológico tautologizante da autopoiese do sistema: os sistemas sociais são cognitivamente abertos, capazes de selecionar as irritações do ambiente, que emergem como confrontação entre ordem interna e eventos externos, reproduzi-las em seu interior, a partir de seus próprios elementos e operações, estabilizando-se ao final deste processo de "aprendizagem".

Luhmann indica a existência de um tipo especial de estrutura cuja função precípua é aumentar as áreas de contato entre os sistemas funcionais, possibilitando o duplo efeito de inclusão/exclusão, além de selecionar e potencializar as irritações do ambiente que surgem em confrontação com o sistema. A essa estrutura, Luhmann dá o nome de acoplamento estrutural. Os acoplamentos estruturais permitem que os sistemas autorreferenciais se inter-relacionem e convivam entre si, sem que nessa interação se agridam mutuamente. Além disso, filtram irritações e desparadoxam o processo da autopoiese. O acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político, por exemplo, é a constituição.

²¹COMELLA, V.F. *Ob. Cit.*, p. 180.

²²LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*, 1º ed., Vozes, Petrópolis, 2016, p. 54.

O direito moderno é caracterizado por Luhmann como um subsistema autopoiético, autorreferencial, operativamente fechado, cognitivamente aberto e funcionalmente diferenciado do sistema social. Para Luhmann, a função do direito pode ser descrita como a estabilização contrafática de expectativas normativas através da generalização congruente de tais expectativas, nas dimensões temporal, social e material²³. De fato, o sistema jurídico filtra e seleciona determinadas expectativas sociais e as consolida, atribuindo-lhes proteção e segurança em face de desapontamentos. Porém, de pouco serviria a estabilização de determinadas expectativas de comportamento se elas não lograssem atingir certo grau de consenso no meio social. Por esse ângulo, a função do direito engloba também a generalização congruente das expectativas normativas contrafaticamente estabilizadas. O direito assimila, de acordo com critérios próprios, guiado por seu código binário, elementos de seu entorno, atribuindo-lhes forma juridicamente relevante. É dizer, o código binário identifica e seleciona, no ambiente extrajurídico, fatores que condizem com o sentido (sinn) gerado no espaço intrassistêmico do direito, conduzindo, com a orientação de programas decisórios, o enlace entre eles, permitindo a formação de uma rede recursivamente fechada de operações comunicativas, levando a efeito a divisão do mundo em duas metades: direito e não-direito. Tudo aquilo que acontece ou é conforme o direito, ou não é. Assim, o código especifica, de um lado, aquilo que se pode considerar parte do sistema jurídico e, de outro, um verdadeiro espaço não demarcado²⁴.

É papel do próprio sistema jurídico – e não de seu ambiente – lançar mão de seu código binário simbólico direito/não-direito para selecionar, de acordo com o sentido por ele mesmo estabelecido, operações do ambiente e reproduzi-las em seu interior, a partir de seus próprios critérios, estruturas e demais elementos. Por isso, as informações são sempre construtos internos do sistema. A negação da autonomia do direito – de sua positividade –, com a corrupção de seu código simbólico (intrusão de outros códigos, combinação de códigos etc.), acarreta sua desdiferenciação e, conseqüentemente, sua subordinação a outros sistemas sociais (assimetrização externa no campo da produção normativa). O direito, nesse esquadro, passa a funcionar casuisticamente, de acordo com os ditames e interesses da economia, da política, da moral, da religião etc.

Para Luhmann, as decisões dos tribunais não são mera aplicação da lei, mas verdadeiros processos de criação do direito. O tribunal, ao proferir uma decisão, não se restringe às disposições expressas da lei. Diversamente, ao decidir, o tribunal cria direito, objetivando vincular o futuro para torná-lo expectável. A teoria dos sistemas atribui a força criativa da jurisprudência à compulsão decisória do Poder Judiciário, isto é, à proibição da denegação da jurisdição – impossibilidade de o juiz pronunciar o non liquet. Mas o papel criativo da jurisprudência não importa em afirmar que o direito possa ser produzido pelos tribunais segundo premissas estranhas ao sistema jurídico. Todo ato de aplicação do direito é também um ato de concretização e, portanto, de criação. O Judiciário, de uma forma geral, ao decidir, precisa “enlaçar” decisões a decisões jurídicas pretéritas.

Os programas do sistema jurídico (normas jurídicas e procedimentos) são estruturas flexíveis que funcionam como complexos de condições de correção para a atribuição de um dos lados da forma do código binário direito/não-direito a terceiros valores não ainda testados pelo sistema. Devido a sua rigidez, o código binário controla a produção da diferenciação no tratamento da comunicação. Sem a verificação e a certificação das diversas conexões interoperativas pelo código binário, o sistema perde sua identidade e sua autodiferenciação em relação ao ambiente. O código binário não pode sofrer modificações ou substituição, haja vista que disso decorreria a dissolução da identidade do sistema. Nessa conjuntura, pode ocorrer uma hierarquização na reprodução operativa dos elementos dos sistemas com

²³ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, 1^o ed., Martins Fontes, São Paulo, 2016, p. 175.

²⁴ LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 132.

negação da autopoiese, ocasionando a submissão de um sistema a outro. Fala-se, nesse contexto, em alopoiese (do grego, alôs "outro", e poiesis "criação"). Nessa ordem de ideias, sistema alopoiético é aquele que reproduz seus elementos e estruturas a partir de outro.

A tônica deste problema reside na relação problemática de dependência/independência entre o sistema jurídico e os demais subsistemas que integram a sociedade, que, por sua vez, é caracterizada pela existência de enormes assimetrias – com a presença de indivíduos sobreintegrados e subintegrados –, bem como por um quadro de intensa heterogeneidade estrutural, isto é, de sobreposições, desacoplamento, intrincamento de códigos, tanto entre os sistemas sociais, quanto em seu interior. Nessa conjuntura, ocorre, não raro, uma hierarquização na reprodução operativa dos elementos dos sistemas, ou seja, uma assimetriação externa com negação da autopoiese, ocasionando a submissão de um sistema a outro.

Nas sociedades da dita modernidade periférica, o sistema jurídico se mostra mais ou menos desprovido de estruturas capazes de garantir sua efetiva clausura operacional, permanecendo aberto aos influxos de outros códigos comunicativos, principalmente aos da economia e da política.

Nessa senda, frente à omissão estatal em criar, por meio da legislação, políticas públicas para salvaguardar os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, o problema da alopoiese não se apresenta tanto em termos de incapacidade do sistema jurídico de produzir seus elementos a partir de si mesmo.

Não se trata aqui da obstrução da autorreferência basal do sistema jurídico pela intrusão indevida de outros sistemas sociais, mas, ao contrário, de uma interferência do direito na autopoiese desses sistemas. Nesse esquadro, o sistema jurídico avoca para si o exercício de função eminentemente política, reintroduzindo nos demais sistema parciais da sociedade o produto final de sua autorreprodução.

Além da questão da possibilidade da tomada de decisões autoritárias, precisa ser discutido o déficit de representatividade do Poder Judiciário, cuja atuação não deriva de um consenso democraticamente construído. Some-se a isso o fato de os tribunais não serem órgãos suficientemente aparelhados para a tomada de decisões vinculantes inovadoras da ordem jurídica, podendo sua atuação provocar, face a ausência de capacidades institucionais, efeitos dinâmicos negativos e imprevisíveis. De mais a mais, a reprodução do direito, adotando como suporte operações comunicativas advindas de outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, é fator provocador de forte instabilidade social, ocasionando insegurança jurídica e contribuindo para a ausência de previsibilidade do direito.

Como explicado, a produção alopoiética do direito, enquanto processamento das irritações não mediatizadas advindas dos demais subsistemas sociais que compõem o entorno do direito, faz o sistema operar de acordo com o código específico daqueles, produzindo direito a partir da referência a estes subsistemas que lhe são exteriores. Esse problema tem muito a ver com o tema da discricionariedade judicial, haja vista consubstanciar-se, esta última, num momento crucial em que o direito se abre e assimila, sem qualquer intermediação ou filtro, elementos advindos de seu ambiente. Nega-se, assim, eficácia ao princípio democrático e, em última instância, corroem-se as bases reflexivas do sistema jurídico. Para enfrentar esse dilema, propõe-se aqui a tematização da relação entre os sistemas psíquicos e o sistema do direito. Recorde-se que, embora os sistemas psíquicos se situem no ambiente extrassocial do direito, são eles os usuários qualificados das estruturas comunicativas do sistema social, acoplados estruturalmente que estão pelo medium da linguagem. Na teoria dos sistemas, a comunicação é apreendida como uma forma estruturalmente acoplada à consciência e, portanto, ligada ao seu próprio processo de autopoiese. Sistemas psíquicos e de comunicação – como o sistema social –, embora permaneçam externos uns aos outros, em razão da relação de mútua dependência que há entre eles, devem participar em processos de comunicação. Contudo, essa dependência não implica em abertura recíproca. Como sistemas autopoieticos e operativamente clausurados, os sistemas psíquicos apenas podem

ligar-se a suas próprias operações, é dizer, consciência, pensamentos e ideias apenas podem referir-se uns aos outros. Dessa forma, para que haja comunicação, há de se traduzir os pensamentos e ideais dos sistemas psíquicos de forma que possam irritar o sistema social, bem como as operações comunicativas do sistema social para que irrite os sistemas psíquicos. É aí que a linguagem desempenha um papel decisivo. A linguagem é o acoplamento estrutural capaz de vincular sistema psíquico e sistema social. Em Luhmann, os seres humanos (sistemas psíquicos) são necessários para a compreensão e participação na produção dos fatos que atuam como informação em um contexto comunicativo²⁵.

A dogmática vigente no mainstream da práxis jurídica contemporânea deita raízes profundas nas teses produzidas no seio de uma corrente de pensamento, hoje bastante popular, denominada neoconstitucionalismo (e de seu principal corolário, o neopositivismo. Esta corrente, invocando os "valores do povo", cria mecanismos de abertura para "uma legalidade cerrada", buscando encontrar, para além da legalidade estrita, os valores supostamente compartilhados pela comunidade política, materializando-os sob a forma de decisões judiciais. É de se ressaltar, todavia, que, analisando detidamente o atual estado da arte do direito brasileiro, é impossível não reconhecer que as teses neoconstitucionalistas provocaram algumas distorções na prática jurídica nacional. O neoconstitucionalismo promoveu uma recepção acrítica de postulados da Jurisprudência dos Valores, da Teoria da Argumentação alexyana (na figura da ponderação) e do Realismo Jurídico norte-americano, sob a forma do ativismo judicial, tratando o direito como uma ordem de valores negociáveis (ponderáveis, otimizáveis)²⁶.

Luhmann alerta para o fato de que a valoração, na forma da fórmula do sopesamento faz o Direito pender em direção aos condicionamentos do ambiente. De acordo com essa fórmula, o melhor direito é aquele que satisfaz da melhor maneira possível os interesses em jogo. Dessa forma, o Direito deixa de ter valor intrínseco, cedendo sempre diante do melhor interesse. Assim é que se fomenta o ingresso de argumentos não jurídicos, derivados da razão prática e do sentimento de justiça, no interior do raciocínio jurídico e se escora na subjetividade assujeitadora do intérprete, abrindo espaço para a extorsão do sentido das normas e para a utilização de álibis retóricos e argumentos despistadores de toda sorte.

O sistema jurídico e o sistema psíquico são capazes de irritarem-se mutuamente através de uma estrutura de acoplamento – a linguagem –, medium que propicia o estabelecimento de um vínculo mais ou menos estável (loose coupling) entre consciência e comunicação. Nesse diapasão, o sistema jurídico se torna capaz alimentar-se seletivamente de materiais disponibilizados pela consciência do sistema psíquico, o que deve ser feito observando sua lógica interna autoproduzida. Como visto, nem sempre é assim que ocorre. Há a necessidade, então, da promoção de uma maior pressão seletiva das operações do sistema do direito quanto àquilo que ele se permite interpretar como comunicação juridicamente relevante advinda dos sistemas psíquicos, e é justamente nesse contexto que deve entrar a linguagem.

É a linguagem que permite ao significado do texto jurídico-normativo advindo do sistema político aparecer como um projeto de sentido para a criação da norma pelo tribunal. O sentido emerge no interior da linguagem. É ela o caminho inevitável para o acesso da consciência ao sistema da sociedade, já que se abre a todo sentido, que desde já sempre interpela o homem enquanto consciência capaz de compreensão. Nesse contexto, linguagem, consciência e comunicação estão sempre imbricadas, já que o ambiente sempre se apresenta à consciência na linguagem. Uma recepção crítica da hermenêutica filosófica (não confundir com a hermenêutica clássica, de todo incompatível com a teoria dos sistemas), permite afirmar que a compreensão de todas as coisas só se dá a partir de uma linguagem, de uma tradição, de uma compreensão prévia. Não há essência nas coisas, tampouco

²⁵ LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 243.

²⁶ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 67.

estão as coisas disponíveis para a atribuição arbitrária de sentidos fundada na razão. A imersão na tradição propicia ao intérprete o pano de fundo que dá sentido a tudo e que a tudo rodeia. Assim, "a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolver no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto"²⁷.

Importa ressaltar, igualmente, que não há falar em valoração de conceitos jurídicos pelo intérprete. Conceitos jurídico-dogmáticos não são entidades semanticamente vazias, prontas para receber um conteúdo valorativo posto pelo aplicador da norma. Conceitos devem ser empregados segundo o significado usual da linguagem jurídica. O espaço de ação do intérprete na concretização da norma em cuja estrutura repousa um conceito jurídico-dogmático é algo que remete a nexos de realidade e sua intermediação deve ser conduzida pela função pragmática da linguagem, que se orienta pelo seu uso cotidiano dentro da práxis jurídica.

Os conceitos jurídicos, quando presentes, retiram seu sentido do uso reiterado em incontáveis contextos. Só assim é possível utilizá-los como base para decisões em metacontextos similares, ainda que eles não estejam disponíveis para aplicação de forma pronta e acabada, sem a mediação de uma argumentação jurídica concretizadora. Possibilita-se, com isso, a construção de relações entre casos relativamente dessemelhantes. As estruturas de expectativas normativas estruturadas e acumuladas em casos decididos de anteriormente podem ser preservadas, reconfirmadas e cuidadosamente estendidas para novos casos e circunstâncias. Ademais, os conceitos jurídicos fazem parte de um conjunto formado pela teoria e pela dogmática do direito, que são compreendidas como o momento reflexivo da auto-observação do sistema jurídico (são o repositório que o direito utiliza para manter sua própria identidade enquanto direito). Daí não poderem os conceitos jurídicos serem criados e empregados com referência a elementos externos ao próprio sistema do direito. Isso ocasionaria a perda de sua própria identidade.

A partir do momento em que, com fundamento na polissemia dos vocábulos empregados no texto da lei ou na complexidade do caso, passa-se a admitir como natural que o intérprete-aplicador lance mão de suas concepções subjetivas, ou que promova valorativamente o balanceamento dos direitos envolvidos no caso, para que possa, pelos seu senso de equidade, atribuir discricionariamente sentido ao texto jurídico e assim "melhor" decidir, acaba-se mergulhando numa espécie de relativismo particularista que confere à vontade do intérprete a autoridade de pôr o Direito.

Autoriza-se o recurso a pragmatismos, axiologismos e a outras posturas que permitem ao juiz a busca dos elementos componentes de suas razões em outros sistemas da sociedade, como o econômico, o político, o familiar, o da religião etc., negando autonomia ao direito e dissolvendo-o no fluxo geral comunicacional do sistema social.

O sistema passa a produzir suas decisões referindo-se a operações, programas e a outros elementos advindos de outros subsistemas funcionais da sociedade, deixando assim de desempenhar sua função estabilizadora e generalizadora das expectativas normativas da sociedade, com enormes prejuízos para a certeza e previsibilidade do direito. Daí a importância da coerência e da integridade das decisões judiciais que, na linguagem sistêmica, correspondem, grosso modo, à autopoiese e à autorreferência das operações do sistema do direito.

De mais a mais, a reprodução do direito, adotando como suporte operações comunicativas advindas de outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, é fator provocador de forte instabilidade social, ocasionando insegurança jurídica e contribuindo para a ausência de previsibilidade do direito.

O grande desafio talvez a busca de um constrangimento epistemológico da decisão, ou seja, da realização de censuras significativas por meio de uma crítica fundamentada, de modo que se possa distinguir entre decisões constitucionalmente

²⁷ HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*, Vozes, Petrópolis, 2006, p. 207.

adequadas e inadequadas, reativando na práxis do sistema jurídico o papel da crítica doutrinária, da teoria do e da dogmática jurídica (ressignificar a importância do momento reflexivo do sistema jurídico na produção de operações seletivas, sobretudo na posituação do direito). A realização do constrangimento epistêmico é tarefa da doutrina. Isso implica seu papel prescritivo sustentado no paradigma democrático e na força normativa da constituição.

5. Considerações Finais

A crença num suposto privilégio cognitivo do juiz, presente no *habitus dogmaticus* do direito contemporâneo, desloca em direção ao julgador a última palavra na atribuição de sentido ao direito, como se a discricionariedade fosse capaz de preencher as lacunas de racionalidade do direito através do recurso a uma metodologia teleologicamente dependente das estruturas psíquicas do sujeito cognoscente.

Surge, assim, uma espécie de subjetivismo assujeitador que reipristina o velho paradigma epistemológico da filosofia da consciência em seu auge, outorgando ao juiz uma nietzscheana vontade de poder (*Wille Zur Macht*), que legitima a kelseniana interpretação como ato de vontade. Soçobra o Estado de Direito e, com ele, os direitos e garantias fundamentais.

Com suporte no breve esboço aqui traçado, não é incoerente sustentar que a proporcionalidade, sobretudo por conta da ponderação, como entendida pela dogmática jurídica contemporânea, consubstancia-se em argumento de natureza performativa que, através do método – sumo momento da subjetividade do intérprete –, é capaz de outorgar capas de sentido e disfarçar argumentos despistadores sob a forma de discursos racionais de adjudicação com pretensão de correção.

O sopesamento de princípios, no instante em que abre ao intérprete-aplicador a faculdade do exercício de juízos discricionários, apostando no privilégio cognitivo do julgador, reipristina o *cogito* do sujeito solipsista da modernidade e, tratando os princípios constitucionais como valores negociáveis, promove a erosão da força normativa da Constituição e contribui para a subversão das próprias bases do Estado Democrático de Direito.

6. Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, 1º ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011.
- BARROSO, L.R. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, Juspodivm, Salvador, 2010.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPIRO, 2014.
- COMELLA, V.F. "Mais alla del principio de proporcionalidade", *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 46, n. 1, pp. 161-188, maio 2020.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*, Vozes, Petrópolis, 2006.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8º ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- LOPES, M.A.R. *Garantias constitucionais do processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, 1º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*, 1º ed., Vozes, Petrópolis, 2016.

- SARLET, I.W. "Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 81, p. 325-386, 1 jan., 2005.
- SARMENTO, D. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, pp. 95-133, jan./mar. 2009.
- STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, 1º ed., Editora Letramento, Belo Horizonte, 2020.
- STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014.
- STRECK, L.L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.
- STRECK, L.L. *Verdade e consenso*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2017.