

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

VANESSA VIEIRA PESSANHA

ANDREAS KRELL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Heremênutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Grazielly Alessandra Baggenstoss; Vanessa Vieira Pessanha; Andreas Krell – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-626-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) de Hermenêutica Jurídica do XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu em Salvador-BA, concentrou-se em três etapas de apresentação – cada uma seguida por uma sessão de comentários por parte da coordenação do GT e dos pesquisadores presentes – e contemplou trabalhos de base teórica e estudos de aplicabilidade das construções teóricas hermenêuticas. A inestimável contribuição de cada um dos artigos apresentados sedia-se na contemporaneidade e na relevância da abordagem dos temas selecionados pelas autoras e pelos autores, os quais traçam pensamento crítico e em sintonia com a realidade brasileira atual.

O texto intitulado “Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito”, elaborado por Rebeca Henriques Silva Ivo e Daniel Alves dos Santos, desenvolve, a partir da teoria hermenêutica de Lenio Streck, uma crítica às técnicas de interpretação utilizadas por uma boa parte dos juízes brasileiros, que deixa de aproveitar as novas possibilidades hermenêuticas surgidas com a “virada linguística” na Filosofia, e insiste em uma atitude solipsista, sem respeitar a “integridade” do Direito.

O artigo “Hermenêutica e paradigma do pluralismo na jurisdição constitucional”, apresentado por Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira, estrutura-se na inquietação acerca de como se legitima a atuação do magistrado e como as teorias hermenêuticas podem contribuir para a certificação dessa legitimidade. Passando por uma discussão sobre os principais modelos de democracia na atualidade (liberal, comunitário, deliberativo), a autora apresenta o modelo da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle.

O trabalho “Hermenêutica, exegese e ativismo judicial: a concretização da norma constitucional”, da lavra de Bricio Luis da Anunciação Melo e de Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, traz o questionamento sobre o ativismo judicial que pode ser “do bem” e “do mal”, destacando o ponto decisivo da postura do magistrado e os frequentes abusos do conceito de proporcionalidade. Os autores enfatizam, ainda, que, para uma legitimação de sua atuação, pela leitura de Konrad Hesse, o intérprete deve partir da norma e retornar a ela – e não retornar à sua vontade.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Maria Cristina Zainaghi são autoras do artigo intitulado “A interpretação da norma processual”, em que se destacou a preocupação para com a aplicabilidade da norma processual do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2016), em que, especialmente no âmbito executório, procede-se a uma extensão extrema de norma sob a justificativa de promover a sua efetividade. Assim, defendem que a base principiológica da codificação resta prejudicada, o que dificulta sobremaneira uma interpretação “razoável” das normas.

No trabalho “Coerência e integridade: o desafio hermenêutico do advogado na superação ao casuísmo da fundamentação judicial no sistema de precedentes judiciais”, Silvio Ulysses Sousa Lima e José Eleomá de Vasconcelos Ponciano levantam a questão do déficit argumentativo na hora da apresentação de razões jurídicas por parte dos advogados, sublinhando a finalidade deste ato para contribuir para a construção de uma decisão judicial correta pelo magistrado.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho e José Nilo Avelino Filho propõem o artigo “Utilização (in)correta dos princípios como suporte fundamental das decisões judiciais no Brasil”, em que, a partir da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), discutem e criticam a utilização equivocada e pouco organizada dos princípios por parte dos tribunais brasileiros.

Os “Critérios de interpretação de Savigny e a hermenêutica do direito privado contemporâneo” são trazidos por Antonio Lourenço da Costa Neto e Marcia Maria Pinheiro da Silva, cujos estudos têm por objeto a obra “Sistema do Direito Romano Atual”, de Savigny, e a sua recepção no Brasil e em Portugal. Verificando algumas incorreções nas traduções realizadas, concluem pela atualidade dos ensinamentos da obra, bem como pela não superação dos constructos teóricos delineados pelo autor.

A “Teoria sistêmica, alopoiese e justiça social na Lei 13.467/2017: uma visão pós-luhmanniana da reforma trabalhista” foi apresentada por Mauricio de Melo Teixeira Branco, o qual demonstrou, a partir dos conceitos básicos da “Teoria dos Sistemas”, de Niklas Luhmann, e de escritos pós-luhmannianos, que a Reforma Trabalhista brasileira, de 2017, reflete uma relação alopoiética entre os sistemas jurídico e econômico no país, com predomínio deste último.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari trouxeram o estudo “A ausência de consenso sobre a extensão dos termos ‘proporcionalidade’ e ‘razoabilidade’ em ações indenizatórias em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do RJ”, em que refletem

criticamente sobre a utilização, em casos no órgão jurisdicional mencionado, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade com o intuito de construir soluções corretas para os litígios relacionados à concessão de danos morais.

O trabalho “A utilidade de argumentos pragmáticos no processo de tomada de decisões judiciais justas – um viés eleitoralista”, da autoria de Leonardo Tricot Saldanha e Sarah Francieli Mello Weimer, oferece o cenário da justiça eleitoral e a sua argumentação pragmática para criticar as técnicas decisórias típicas deste ramo jurídico, as quais sobrevalorizam as consequências da decisão judicial sem, contudo, revelar essa preocupação nos motivos da sentença.

A “Pensão alimentícia como direito coletivo fundamental stricto sensu e seu acolhimento e efetivação por meio da hermenêutica jurídica” é o trabalho de Letícia de Oliveira Catani Ferreira e Danilo Henrique Nunes, em que defendem a sua hipótese ao argumento de que o direito coletivo perfaz-se a partir da vinculação de um determinado grupo de pessoas por questões jurídicas.

Finalmente, o artigo “(In)segurança jurídica: a interpretação e a aplicação da Lei n. 13.467/17 de acordo com o art. 8º, § 2º da CLT” é trazido por Maria Júlia Bravieira Carvalho, que questiona as súmulas e a sua caracterização como determinações normativas que criam direitos ou obrigações, procurando avaliar se o referido dispositivo legal proporcionará maior segurança jurídica às relações de trabalho.

Todos os 18 (dezoito) artigos aprovados para o GT de Hermenêutica Jurídica foram apresentados, promovendo discussões bastante proveitosas e debates relevantes. Vale registrar que os trabalhos aprovados para o GT e não mencionados nesta apresentação dos anais podem ser encontrados na “Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica”, periódico do Conpedi disponível na Plataforma Index Law Journals.

Saudações acadêmicas e votos de boa leitura,

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC)

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha (UNEB)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UTILIZAÇÃO (IN)CORRETA DOS PRINCÍPIOS COMO SUPORTE FUNDAMENTAL DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

THE (IN)CORRECT UTILIZATION OF THE LAW PRINCIPLES AS A FUNDAMENTAL SUPPORT OF THE BRAZILIAN JUDICIAL CASES.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho ¹

José Nilo Avelino Filho ²

Resumo

O artigo representa uma discussão entre os positivistas e pós-positivistas perante o ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos na jurisprudência. O cerne é a contextualização e/ou contemplação da moral, procedimento este que deveria ser instrumentalizado com as normas-princípios, segundo Dworkin e Alexy, somente em três hipóteses: hard cases, omissão da norma-regra ou quando esta se apresenta manifestadamente injusta, fechando o sentido da regra. No Brasil, a invocação dos princípios não segue padrão como suporte fundante de direito, devendo ser utilizados com parcimônia, máxime, quando existentes regras que poderiam dirimir o embate fático proposto. Utilizou-se pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e artigos científicos.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, Pós-positivismo jurídico, Embate, Uso exacerbado dos princípios, Ausência de padronagem na utilização das normas-princípio

Abstract/Resumen/Résumé

The article represents discussion between positivists and post-positivists before the Brazilian legal system and its reflexes in jurisprudence. The core is the contextualization and / or contemplation of morals, a procedure that should be used with the norms-principles, according to Dworkin and Alexy, only in three hypotheses: hard cases, norm-rule omission or if it is manifestly unfair, closing the rule direction. The principles invocation does not follow the pattern as a foundation of law, and should be used with parsimony when there are rules that could resolve the proposed factual conflict. We used bibliographical research, case law and scientific articles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal positivism, Post-positivism, Thrust, Exacerbated use of principles, Absence of standardization in the use of norms-principle

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Graduado em Direito pela UFC. Professor do Mestrado da UNICHRISTUS. Professor de Graduação da UNICHRISTUS, da UNIFOR e da Faculdade Luciano Feijão(CE).

² Mestrando em Direito pela UNICHRISTUS. Especialista em Direito Privado pela UNIFOR. Em formação no LLM em Direito Corporativo da IBMEC/UNI7. Graduado em Direito pela UNIFOR. Professor da graduação da UNICHRISTUS

1. INTRODUÇÃO

Por vezes, em um determinado momento da vida acadêmica, ouviu-se a afirmação, originalmente pronunciada por clássicos autores (BARROSO; BARCELOS, 1997) ou replicada por professores com expertise na área, de que o positivismo jurídico, como abordagem especulativa da ciência jurídica, teve sua decadência delimitada e com contornos históricos definidos, sempre ligada ao final da Segunda Guerra Mundial, com a queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.

Convém esclarecer que a abordagem metodológica formal do positivismo jurídico esteve assentada na percepção de que o papel do jurista seria o de examinar as normas jurídicas expostas no ordenamento jurídico vigente, de maneira descritivo-normativa, sem a possibilidade de incluir em suas análises o conteúdo ético-moral que pertenceria – de acordo com essa corrente – aos campos da Filosofia e Sociologia, como foram exemplo as escolas realistas e jusnaturalistas (BOBBIO, 2011).

Então, percebeu-se que aquele método não seria suficiente para entender o ordenamento jurídico, lançando mão de conceitos axiológicos e resgatando a Ética, como imprescindível à ciência jurídica. Surge, então, o Pós-Positivismo jurídico, nomenclatura dada à corrente jusfilosófica que se contrapõem ao método e à ideologia defendidos no positivismo, sob a justificativa de que o legalismo na aplicação das normas jurídicas teria influenciado e justificado as atrocidades cometidas na Europa sob o manto de que teriam sido cometidas em estrito cumprimento da lei.

O Pós-positivismo, nomenclatura esta que será abordada mais à frente, surge, pois, abarcando uma imensa quantidade de teses, teorias, métodos e ideologias que tentam justificar o fracasso do positivismo, justamente quando a combatida teoria afastou, definitivamente, os conceitos morais e a ética do ordenamento jurídico.

Essa nova doutrina, elevando a discussão, a conceituação e a imposição de condutas, não somente às regras, mas também, a princípios que, por sua vez, dariam contornos valorativos à conduta humana, trouxe uma nova abordagem conceitual à Filosofia e Teoria do Direito no mundo ocidental.

Diferentemente da Europa – onde essa nova abordagem teórica aconteceu sob parâmetros históricos fático-temporais, o que justifica, em tese, a mudança de entendimento – no Brasil, muitas dessas construções filosófico-jurídicas entraram no nosso sistema jurídico sem que houvesse uma reflexão sobre sua necessidade ou adequação ao sistema jurídico e cultura nacionais, ou seja, não seguiram o trajeto normal de contemplação episódica de um estado de coisas para outro.

O que se vislumbra nas discussões que se seguiram à adoção de tal perspectiva analítica foi tão-somente a inserção acrítica de teorias de matriz eurocêntrica e que, por força de modernismos, acabou sendo incluída nos currículos de ensino jurídico e pelas portas dos tribunais.

Portanto, essa disparidade de ambientes sociais, europeu e brasileiro, causou o uso distorcido de várias ideias, teses e métodos jurídicos aqui no Brasil que, integrados ao ordenamento jurídico principalmente pelos julgados, ensejou a tentativa forçada de aplicação da “peça redonda no buraco quadrado”.

Realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, procurando analisar obras jurídicas e de áreas afins, além da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 e de 2002, o Código de Processo Civil.

A abordagem é qualitativa, uma vez que trata do aspecto comportamental humano diante de um determinado fenômeno jurídico, preocupando-se com o aprofundamento e a abrangência da compreensão do direito moderno e suas influências do passado e para o futuro como tutela das ações e relações humanas.

A pesquisa possui caráter exploratório, buscando aprimorar ideias e definir hipóteses, tentando contextualizar os cenários do Positivismo em todas as suas fases, da Teoria Pura de Kelsen (1998) às suas inclinações exclusivista e inclusivista, e indo, ademais, ao pós-positivismo em suas vertentes extremadas, limitando-se, contudo, a identificar objetivos sobre o problema a ser investigado, qual seja, o uso descriterioso das normas-princípios na solução de casos postos, socorrendo-se, por vezes, a um estudo interdisciplinar.

2. DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo tradicional é o fruto de uma ideologia que tinha como objetivo entender ou tratar as ciências humanas da mesma maneira que as ciências naturais, ou seja, utiliza um método descritivo, importando-se, apenas, de descrever os fenômenos.

Enquanto método científico, o positivismo pode ser resumido como puramente descritivo, como determinava Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito*(1998). Enquanto ideologia, o positivismo jurídico tradicional defendia que a ciência do direito deveria estar livre de julgamentos axiológicos.

Assim, o juiz ao aplicar a lei e o jurista na sua tarefa científica de descrever a ordem jurídica, deveriam estar isentos de emanar qualquer juízo de valor, afastando os órgãos julgadores e os estudiosos do Direito das interferências oriundas da política, da moral, da religião, da economia e até mesmo da justiça.

Para Kelsen (1998), a ciência jurídica seria ciência pura, preocupada, tão somente, com o universo normativo, sem interferência de valores, dando-nos conta de que o conhecimento jurídico só é científico se for neutro. Sua pureza decorre de corte epistemológico que defina o objeto e de corte axiológico que afirme a sua neutralidade.

A Teoria Pura do Direito, como teoria, procura descrever seu objeto, tratando o Direito como ele efetivamente é, e não como ele deve ser, isto é, afasta-se de paradigmas político-filosóficos. Tem como base metodológica o projeto de eliminar do Direito os elementos estranhos, de cunho político e sociológico, adotando a análise da validade da normativa e considerando que essa análise é, sobretudo, descritivo-normativa.

O pensamento normativo do século XIX teria promovido uma modificação do Direito, permitindo uma espontânea penetração recíproca de outras disciplinas no universo jurídico – com a utilização de métodos que deturparam o sentido normativo da Ciência do Direito, como o da Sociologia, que observa o Direito como um fenômeno social, ou da Ciência Política, que entende o Direito como legitimado no Poder social.

Para o positivismo, as normas são o objeto da Ciência do Direito. Os costumes podem criar normas legais ou morais, mas somente será válida e considerada jurídica uma norma que atenda aos pré-requisitos estabelecidos num ordenamento jurídico existente.

A validade é a existência específica de uma norma enquanto norma jurídica, sendo imperativa, eficaz e aplicável (daí o princípio da eficiência, de acordo com Kelsen). E ainda, a

norma pode ser válida até mesmo quando seu ato de vontade não tenha mais existência, quer dizer, quando o seu criador ou o objeto tutelado não mais existam.

A validade qualifica um *deve*, a eficiência caracteriza um *é*, e a diferença transcende questões de formatação verbal. Assim, na validade, a norma deve ser cumprida, na eficácia a norma é efetivamente cumprida.

Uma norma legal é válida antes mesmo de ser efetiva. A norma não seria verdadeira ou falsa, seria apenas válida ou não válida. Sendo essa a discussão que pauta o vetor de interpretação distintiva entre a validade e a eficácia.

Uma determinada decisão judicial, pois, não seria tão somente a explicitação de um julgamento, mas, tratar-se-ia, também, de norma que determinado julgador aplicaria. Dizer que uma norma é justa ou injusta seria insuficiente para se reconhecer que essa norma existe ou não numa ordem legal.

Quanto à relação entre Direito e Moral, entende-se que a pureza metodológica da Ciência do Direito é ameaçada, porque não se separa claramente esse último da Moral, tomando-se essa como a disciplina que tem por objeto conhecer e descrever valores, que são delineados por um costume ou por um ato de vontade. A validade de uma norma jurídica independeria de sua ordem moral.

Para justificar, buscou-se, inclusive, fundamentos mais remotos, da própria hermenêutica teológica, quando, Paulo, na carta aos romanos, determinava que se cumprissem todas as normas das autoridades, não obstante a inexistência de laços de ética e de moral (KELSEN, 1998).

A Teoria Pura do Direito dirige-se às normas, e não aos fatos. Trata-se de percepção teórica radicalmente realista do Direito, da mais elaborada teoria do positivismo jurídico, não servindo a interesses políticos e negando propiciar ideologia contra ou a favor de determinado modelo jurídico.

Outra característica do positivismo é a busca de uma regra cada vez mais alta no escalonamento hipotético, conduzindo o jurista a uma norma pressuposta, que Kelsen chamará de norma básica. Outro ponto nodal da teoria é o fato de tornar-se irrelevante como se alcançou o poder político, legítimo emissor da norma, por revolução, por golpe de Estado ou por voto popular, pois, qualquer norma resultante do titular desse poder é válida e apta para produzir efeitos.

Todo sistema normativo deteria validade. Não se poderia negar a validade de um sistema por conta do conteúdo de suas normas. O pressuposto geral encontrar-se-ia na presunção de aceitação da validade de uma norma básica. De tal modo, a função da norma básica não seria ética ou política, mas, sim, a função da norma básica seria epistemológica.

Encorpando essa doutrina do positivismo jurídico, no século XX, Herbert Hart (1997), partindo das premissas de Kelsen, de quem foi aluno, contudo, mitigando percepções mais fechadas, insistiu no sentido obrigacional do Direito, afirmando que a mais proeminente característica do Direito, em todos os tempos e lugares, consiste no fato de que sua existência significa que certos tipos de conduta humana não são opcionais, mas em certo sentido são obrigatórios. Por fim, previu que a teoria de Kelsen, identificando o Estado com o Direito, correria o risco de abrir caminho para o totalitarismo (GOYARD-FABRE, 1999, p. 271; HART, 1997, p. 6).

Hart (1997) distinguia a lei dos demais comandos, tal como a ordem de um assaltante que lhe manda entregar o dinheiro, pelo fato de que a lei consubstancia uma união entre normas primárias e secundárias, isto é, em comandos que estabelecem obrigações, a exemplo de não pise a grama, não roube, dirija sem ultrapassar a velocidade prevista (HALL, 2002, p. 276).

Porém, tais comandos decorrem de valores aceitos pela comunidade, substancializam-se por certo corpo que transcende do meramente lógico para o episodicamente desejável. Hart foi um entusiasta do pensamento de John Austin (1990) que, de certa forma, revigorou-o, retomando a tradição da escola analítica de jurisprudência.

Independentemente das críticas sofridas, não se pode olvidar que a grande contribuição do positivismo para o pensamento jurídico ocidental foi a construção escalonada da ordem jurídica, quando o direito passa a ser visto como um sistema hierárquico de normas, no qual, a norma de fundamento inferior retira seu fundamento de validade da norma hierárquica superior até se chegar à constituição, que está no ápice do ordenamento jurídico.

E, nos ombros desse gigante, o positivismo – metáfora de autoria de Isaac Newton¹, que o pós-positivismo subiu para enxergar mais adiante e, dele, desenvolver uma perspectiva mais íntima de valores e menos apegada à letra fria da lei.

3. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO NO BRASIL

Como ressaltado no início desta investigação, o pós-positivismo jurídico surgiu como uma tentativa de reestabelecer o controle externo sobre o Direito, isto é, inserir questões morais nos debates sobre a validade da norma jurídica e, além disso, estabelecer mecanismos de funcionamento do próprio ordenamento jurídico que consagrariam direitos políticos e contornos ao poder do Estado.

Essa nova abordagem recebeu várias denominações, dentre as quais se podem citar o neoconstitucionalismo, a ascensão dos direitos humanos, a positivação de direitos fundamentais e os chamados direitos essenciais, como enuncia Robert Alexy (2011).

A preocupação fundamental do pós-positivismo foi eliminar a isenção axiológica para a qual o positivismo jurídico havia conduzido o estudo e a aplicação interpretativa do Direito, no intuito de modificar não apenas o julgamento dos magistrados, nem o trabalho de promotores e advogados, mas o próprio legislador e os demais juristas.

Se bem analisada, essa transição não foi pacífica e muitos debates ocorreram entre positivistas e pós-positivistas, principalmente quanto à reinserção dos métodos oriundos da Filosofia e da Sociologia, mas, principalmente, quanto à politização do Direito e da consequente politização do Poder Judiciário.

Esse debate está impresso na obra “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio (1992), quando critica a terminologia “direitos humanos”, entendendo que, enquanto eles não são transpostos ao ordenamento jurídico, não passam de um mero projeto político.

Ainda, a mesma discussão desponta nos trabalhos que passaram a tratar o Direito Constitucional como Direito Político, reavivando as teses de que o Direito Constitucional deveria consagrar normas jurídicas e normas políticas, porque, ao mesmo tempo, em que tutela direitos e deveres de natureza regulamentar, também cuida de valores defendidos pela sociedade para a qual resta estatuída uma constituição.

Ao fazer a defesa da inserção dos direitos inerentes aos seres humanos na análise jurisprudencial alemã, Gustav Radbruch, depois da Segunda Guerra Mundial, abandonou a sua obra “Filosofia do Direito” e a reescreveu como “Introdução à Filosofia do Direito”, abandonando, de uma vez por todas, os preceitos do positivismo jurídico que defendeu antes da implantação do nazismo (BOBBIO, 2010).

Mesmo sem abandonar as origens kantianas que separam Direito e Moral (*ser* das normas jurídicas e *dever ser* das normas morais), esse jurista chegou a afirmar que as normas de um ordenamento jurídico que ataquem direitos inerentes ao homem não devem ser aplicadas pelo magistrado, pois perderam a sua juridicidade, isto é, deixaram de ser jurídicas no momento em que entraram em choque com os preceitos superiores do ser humano (que é um fim em si mesmo, de acordo com a lógica kantiana), como afirma Norberto Bobbio (2010, p. 47).

No esteio dessas ideias, deve se destacar o trabalho de Robert Alexy (2011), ao definir a validade da norma jurídica e demonstrar, através de estudos de jurisprudência alemã no pós-Segunda Guerra Mundial, um conjunto de julgamentos que contrariaram o direito positivo vigente durante o Terceiro Reich e impuseram aos seus defensores e participantes duras penalidades e sanções de natureza civil, seguindo o entendimento de que aquelas normas não eram jurídicas, posto que imorais.

Dessa maneira, mesmo que as normas-regras estivessem de acordo com o ordenamento jurídico que o dava suporte – no sentido de cumprirem as exigências de validade da norma jurídica, quais sejam: de ter emanado de uma autoridade competente e de ter seguido o devido processo legal -, elas não seriam exigíveis por atacarem valores primordiais da própria existência humana.

Importante considerar ainda o pensamento de Dworkin (2007), mas por razões diferentes. Ligado ao direito consuetudinário, esse outro autor pensa o Direito como o fruto do desenvolvimento de uma autêntica cultura jurídica, elaborada através dos costumes e corroborada nos tribunais. As fontes reais das normas jurídicas estariam, dessa maneira, amparadas em valores supremos de uma sociedade, e deveriam orientar a aplicação da interpretação dos juristas, seguindo àquilo que se convencionou ser justo por meio das práticas socialmente reconhecidas como válidas.

Deve-se comentar que essas abordagens divergem em relação às escolas do Direito Livre e das do Realismo Jurídico, que antecederam o fortalecimento do normativismo kelseniano, muito embora tenham influenciado as três situações reconhecidamente válidas de utilização dos princípios jurídicos, como aventado pela Escola da Livre Pesquisa de François Geny, ainda no século XIX: o entendimento de que o juiz não pode deixar de julgar alegando lacuna ou obscuridade da lei e que poderá utilizar a equidade como forma de decisão (MAXIMILIANO, 2010).

Entretanto, uma das inovações não previstas pela doutrina da livre pesquisa ou científica é a dos *hard cases*: no caso em que os costumes são desafiados judicialmente, o magistrado poderá aplicar os princípios jurídicos e verificar qual a melhor solução para o caso concreto.

4. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DOS PRINCÍPIOS

No Brasil, desde a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, recepcionada pelo atual ordenamento jurídico sob o codinome de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os juristas brasileiros continuam se valendo da lei como fonte primária do Direito Positivo.

Somente casos de lacuna ou obscuridade dos textos legais autoriza o juiz a utilizar uma interpretação integrativa ou extensiva da lei, utilizando a analogia, os costumes jurídicos e sociais e os princípios gerais do Direito – e, quando autorizado pela lei, a equidade. Nesse tocante, não se há o que discutir: os princípios gerais do Direito são fontes formais de solução de conflitos.

O que se deve pesquisar e tentar entender é: podem os princípios serem considerados fontes reais de Direito positivo, por meio da interpretação subjetiva dos magistrados, demonstrando as inclinações ideológicas de uma determinada sociedade e, em caso afirmativo, da sociedade brasileira?

Essa pergunta é o cerne da discussão desta pesquisa, porque esbarra naquilo que se convêm chamar de primado da lei, cujo resultado é o surgimento de um dos princípios que é a base do ordenamento jurídico brasileiro e de todo Estado de Direito (considerando-se que o Estado de Direito é o paradigma zero das sociedades ocidentais, desde a modernidade, como ensina Joaquim José Gomes Canotilho) (1999).

Se a resposta à pergunta do parágrafo anterior for positiva, deve-se aceitar a opinião de alguns juristas, como o Hely Lopes Meireles (2009, p. 78), que já acusava o magistrado de ser um agente político do Estado, desde os anos de 1990. Além disso, se entraria na discussão não sobre os fundamentos da jurisprudência e do estudo da Ciência do Direito, mas nos ditames das fontes reais das normas jurídicas, o que escapa ao estudo específico da metodologia positivista em destaque.

O problema desta abordagem é que ela flexibiliza, em absoluto, o resultado das interpretações principiológicas, podendo resultar em interpretações díspares para casos semelhantes, ou em julgados que simplesmente deduzem a existência de princípios implícitos

no ordenamento jurídico, sem que exista qualquer tipo de fundamento científico para esse tipo de análise, senão aqueles provenientes de ideologias política, como o marxismo ou liberalismo, e crenças morais, como as oriundas do cristianismo, e assim por diante.

Esse fenômeno levou Streck (2005) a falar de um pan-principiologismo, que tem afetado sobremaneira o Judiciário brasileiro: influenciado por tendências que se fizeram verificar no Velho Continente, os juristas brasileiros tendem a extrapolar e a incorporar na interpretação do ordenamento, princípios deduzidos a partir de convicções ou interesses particulares, ao invés de atentar para o estudo sistemático do ordenamento jurídico, abrindo o sistema e causando insegurança jurídica em virtude da particularidade admitida pelo julgador.

E esse uso indevido dos princípios pode ser aqui visualizado quando analisada a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana que, por vezes, é utilizado para justificar o entendimento do julgador e, do outro lado, serve para fundamentação diametralmente oposta.

Não obstante essa variação inconstante, a utilização dos princípios que, aprioristicamente, deveriam ser introduzidos nos julgados em casos específicos como já enunciado, é feita sem critério, máxime, quando já existente norma-regra que tutela aquela situação fática, na qual a utilização dos princípios, por expressa previsão legal, seria despicienda.

A utilização de princípios, pois, quando inexistentes as regras, é recurso indispensável ao julgador que, por ofício, não poderia deixar de apreciar e, por consequência, fundamentar sua decisão, como ocorria nas ações de investigação de paternidade antes da legislação vigente, quando se utilizava o princípio da dignidade da pessoa humana para “salvaguardar” os interesses do investigando garantindo-lhe o direito de não ser compelido a realizar o exame hematológico/genético sob pena de afronta ao referido princípio da dignidade da pessoa humana.

Habeas Corpus nº 71.373 - Diário da Justiça, 22/11/1996

A condução forçada de indivíduo à realização de exame de verificação de paternidade viola os princípios da dignidade humana, da integridade física, da intangibilidade do corpo humano e da legalidade. A recusa do acusado deve ser resolvida no plano jurídico e não por meio de coação física.

Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão que determinou que o investigado fosse forçado a realizar exame de DNA para verificação de paternidade após ter se recusado a ir voluntariamente.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem ao argumento de que não se pode forçar alguém a extrair material de seu corpo, sob pena de violação dos princípios da dignidade humana e da intangibilidade do corpo humano.

Além disso, afirmou-se haver ofensa ao princípio da legalidade, considerando que não há lei específica sobre a matéria.

Decidiu-se que o direito ao reconhecimento da paternidade tem cunho eminentemente pessoal e patrimonial, de modo que não se justifica sua predominância sobre o direito à integridade física e à intimidade do acusado.

Esclareceu-se, por fim, que o ordenamento jurídico brasileiro fornece consequências jurídicas à referida recusa, que dispensam a coação física. No campo civil, por exemplo, o não comparecimento da parte, depois de intimada, implica a presunção da veracidade dos fatos contra ela alegados (artigo 343, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil).

Em votos divergentes, defendeu-se que a certeza científica do exame de DNA oferece importante elemento para construção da verdade que se compatibiliza com o direito ao conhecimento da origem e à identidade da criança e do adolescente.

Assim, a verdade jurídica deixaria de ser fundada em presunções para se basear na verdade científica. Entendeu-se, também, que a recusa do investigado implicaria descumprimento do dever processual de colaboração com o Poder Judiciário, previsto no artigo 339 do Código de Processo Civil.

Por fim, argumentou-se que o direito privado à intangibilidade do corpo não seria absoluto, pois cederia espaço ao direito à identidade da criança, caracterizado como nítido interesse público.

Com o avançar do tempo e da legislação, o princípio da dignidade da pessoa humana que obstaculizava o exame clínico ao investigando para aferição da paternidade, passou a ser utilizado em seu desfavor, atribuindo presunção de paternidade quando aquele se negava a realizá-lo, agora, em proteção ao direito de personalidade do investigante.²

Essa presunção que, frise-se, *juris tantum*, ou seja, admite prova posterior em contrário, teve um reconhecimento social tamanho que, em pouco tempo, restou convertida em lei e inserida no ordenamento jurídico brasileiro sob os contornos conhecidos de norma-regra.³

Nesse formato de norma positivada, como defendido por Dworkin (2007), em regra, seria despicienda a utilização de critérios morais, instrumentalizados pelos princípios, para fundamentar decisões acerca de casos de investigação de paternidade em que investigando se recuse a realizar o exame de DNA para identificação de compatibilidade que indicasse a hereditariedade dos genes com o investigante, uma vez que se teria o suporte da lei, que já passara por análise obedecendo ao teste de pedigree.

Acontece que não é o que ocorre em muitos julgados encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, no qual, facilmente são encontradas decisões que se utilizam de princípios em suas fundamentações quando, em verdade, já existem regras que tutelam aquela hipótese fática.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. COISA JULGADA. AÇÃO ANTERIORMENTE JULGADA IMPROCEDENTE, POR FALTA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DO INVESTIGADO EM SE SUBMETER AO EXAME. Considerando que à época em que ajuizada a primeira ação investigatória, requerida a perícia biológica pela investigante e havendo recusa imotivada do investigado em submeter-se ao exame de DNA, não há falar em coisa julgada. Caracterizado o desinteresse do investigado em produzir prova essencial ao deslinde da ação,

imperioso que se possibilite a realização do exame, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70054418553, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/09/2013)(TJ-RS - AI: 70054418553 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 18/09/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/09/2013)

EMENTA: AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS - EXAME DE DNA - NÃO COMPARECIMENTO DO INVESTIGADO - AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS - PEDIDO DE NOVO EXAME - CERCEAMENTO DO DIREITO DEFESA - NULIDADE DA SENTENÇA. - Inexistindo a prova pericial capaz de propiciar certeza quase absoluta do vínculo de parentesco, diante da recusa do investigado em submeter-se a exame de DNA, comprova-se a paternidade mediante a análise dos indícios e presunções existentes nos autos. - O menor tem direito à filiação, direito esse personalíssimo, indisponível e imprescritível. A atribuição de paternidade sem que praticamente nenhuma prova tenha sido produzida nos autos é temerário, pois o autor, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse do menor, tem direito a ter certeza sobre a identidade de seu pai. - Pedido de novo exame de DNA. Ausência de Manifestação do Juiz. Nulidade da Sentença por cerceamento do direito de defesa. -Manutenção dos alimentos enquanto não realizado novo exame. - Recurso prejudicado. (TJ-MG - AC: 10024082531880001 MG, Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 24/07/2013, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/07/2013)

EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Ação investigatória anterior procedente com trânsito em julgado. Cognição baseada em provas orais e presunção por recusa injustificada em submeter-se a exame de DNA, embora o exame pelo sistema HLA tenha excluído a paternidade. Partes que, em posterior ação revisional de alimentos, concordam com realização de exame de DNA pelo IMESC, após exame extrajudicial pelo mesmo método ter excluído o vínculo genético. Perícia judicial na ação revisional excludente do parentesco. Partes que, ante o resultado da perícia judicial, quando já maior de idade o suposto filho, concordam com a exoneração dos alimentos, medida determinada por sentença. Falta de resposta na ação negatória. Extinção do processo sem resolução do mérito por coisa julgada. Inadmissibilidade. Mitigação ou relativização da coisa julgada. Necessidade. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e verdade real. Em ação de estado de investigação ou negação de paternidade, sobre a segurança jurídica da coisa julgada decorrente de cognição com provas precárias prevalece a segurança jurídica alcançada por meio de cognição baseada em prova posterior segura (exame de DNA), que consagra o direito à identidade genética, direito de personalidade indisponível e imprescritível próprio da dignidade da pessoa humana protegida constitucionalmente. Ação negatória não fundada em mera incerteza subjetiva, mas sim em fato novo e relevante a justificar a relativização da coisa julgada em prol da verdade real. Precedentes desta Corte e do STJ. Injustificada recusa em submeter-se a exame de DNA na ação anterior que, nas circunstâncias, não traduz venire contra factum proprium e cede ante o fato novo resultante de acordo para nova apuração da paternidade. Sentença reformada. Aplicação do art. 515, § 3º do CPC. Suficiência do laudo do IMESC, tomado como prova emprestada do processo da ação revisional de alimentos e cujo valor excludente do vínculo genético é absoluto. Ação negatória procedente. Apelação provida. (TJ-SP - APL: 00109032720108260008 SP 0010903-27.2010.8.26.0008, Relator: Guilherme Santini Teodoro, Data de Julgamento: 20/05/2014, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/05/2014)

O uso indevido dos princípios nos casos de recusa ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade mostra-se mais esdrúxulo quando, além da regra especial tratar do assunto, regra geral, o Código Civil, já disciplinava qual a tutela jurisdicional deveria ser aplicada, sendo esse o regramento dos arts. 231 e 232.⁴

A preocupação reside, pois, com a inserção desnecessária de fundamentação alicerçada em princípios, que os julgados sejam subjetivados e relativizados, mitigando-se o argumento racional da *decisum* (ALEXY- 2011), abrindo brechas a discussões desarrazoadas, no sentido literal da palavra.

5. CONCLUSÃO

Como posto, a discussão entre os positivistas e os pós-positivistas precisa de muito mais devotamento por parte dos julgadores com o escopo de que as ideias, teses e métodos sejam analisados com detido foco em seus conceitos e caracteres, identificando-se os limites de sua aplicabilidade e, principalmente, considerando-se o contexto social, temporal e político em que foram desenvolvidos, entendendo, ainda, qual o verdadeiro objetivo daqueles estudiosos em tentar traçar critérios de inclusão ou exclusão de elementos ético-morais quando da apreciação da situação hipotético-fática.

As dificuldades saltam aos olhos quando se enxergam cada vez mais casos de utilização descriteriosa de princípios para justificar decisões que seriam facilmente alicerçadas na norma posta sem maiores controvérsias e, sobretudo, apresentar critérios subjetivos passíveis de abrirem discussões sobre a justa aplicação do direito àquele caso concreto apresentado.

Outrossim, não bastasse a desnecessária invocação das normas-princípios quando da fundamentação de suas decisões pelos magistrados, por vezes, a malsinada utilização é feita sem a gradação e mensuração correlata, prejudicando a dialeticidade com as especificidades que o caso concreto exige.

Toda a questão passa, assim, por entender que os pós-positivistas não estão do “outro lado”, mas, apenas, complementando o entendimento dos positivistas, afirmando que o direito não se perfectibiliza somente com as regras sem que permeado pelos princípios, que, por sua vez, somente devem ser utilizados em hipóteses específicas e, mesmo assim, com a aplicação de recursos técnicos que racionalizem o respectivo argumento jurídico.

¹ Aos Ombros de Gigantes. Stephen Hawking, Editora: Texto, Tema: Tecnologia e Ciência em Geral, 2010.

² “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção de paternidade.” (Súmula 301, 2ª Seção DO STJ, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

³ LEI Nº 12.004, DE 29 DE JULHO DE 2009. Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA.

Art. 2º A Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2o-A:

“Art. 2o-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

⁴ CÓDIGO CIVIL

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. / John Langshaw Austin; Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. / Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2008. Antonio Enrique Peres Luño. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995. Willis Santiago Guerra Filho. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

_____, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Lisboa: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico:** princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

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

GOYARD-FABRE, Simone. **Princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law.** Oxford: Oxford University Press, 2002

HART, Herbert. **The Concept of Law.** Oxford: Oxford University Press, 1997.

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

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** São Paulo: GEN, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales.** 6. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico:** teoria geral do direito. Florianópolis: Habitus, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.