

A NORMA JURÍDICA NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: REGRAS/PRINCÍPIOS E DERROTABILIDADE

Fabrício Carvalho¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata das diferentes formas que a teoria jurídica atualmente concebe as normas jurídicas. É dado ênfase a duas teorias: a que opera uma distinção forte entre regras e princípios – que tem Robert ALEXY como expoente – e a tese da derrotabilidade.

Para isso procurou-se fazer uma rápida contextualização do tema, abordando de forma muito breve a passagem do positivismo jurídico – e sua visão da norma jurídica – para o neoconstitucionalismo, pois é neste momento teórico (neoconstitucionalismo) que se desenvolvem as teorias abordadas.

O propósito do trabalho não é, de forma alguma, apresentar as teorias como sendo opostas, excludentes entre si, mas sim procurar expor os principais aspectos das teorias a fim de permitir uma compreensão mínima das principais características de cada uma delas, bem como os pontos de aproximação e de afastamento.

Por detrás deste estudo, está a percepção de que o fenômeno jurídico encontra-se em uma fase de alta complexidade, necessitando do maior número de investigações possível, a fim de aumentar sua compreensão, para que as respostas às dificuldades que se colocam atualmente para o Direito possam ser construídas da melhor forma possível.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABCONST.

2. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVES CONSIDERAÇÕES

No positivismo jurídico o fenômeno que merece a atenção da ciência jurídica é a regra positiva. É na regra, no dever ser, que se encontra a especificidade do fenômeno jurídico; o estudo do direito deverá ser feito com a máxima pureza normativa, sendo que considerações de índole fática são concebidas como metajurídicas. Assim, “referências à ordem social, à repercussão efetiva da regra, à política legislativa, são enfaticamente banidas”². As regras, na perspectiva positivista, são reconhecíveis por uma característica formal, particularmente pela característica da coercibilidade³.

Hans KELSEN, por exemplo, entende a sanção como um elemento essencial da estrutura da norma, e não mais – como na concepção clássica da teoria da coação – apenas como um meio para realizá-la⁴.

Ao tratar do tema, Norberto BOBBIO afirma que a presença de uma sanção externa e institucionalizada é um critério de identificação das normas jurídicas. Assim, as normas jurídicas são aquelas que têm sua execução garantida por este tipo de sanção⁵.

Outro ponto marcante do positivismo jurídico, é que um dos seus problemas centrais é o das fontes do direito, que remete à questão da validade das normas jurídicas. Uma norma será válida, ou seja, terá existência jurídica, desde que tenha sido produzida por uma fonte autorizada⁶. Merece destaque, ainda, o fato de que a doutrina positivista, no tocante à teoria das fontes, assenta-se no princípio da prevalência da lei sobre todas as demais fontes⁷.

Sobre o positivismo enquanto teoria jurídica, João Batista MACHADO afirma que o mais ilustre teórico desta corrente jusfilosófica, Hans KELSEN, “trouxe ao pensamento jurídico uma clarificação tal que é possível hoje

² ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 165 e 166.

³ Ibidem, p.166.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 156.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001. p. 160.

⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo...* p. 161.

⁷ Ibidem.p. 162.

determinar com rigorosa precisão até onde pode ir a consideração lógico-objetivante⁸ e quais são os pontos de vista e os juízos que esta perspectiva já não acolhe nem pode justificar⁹.

Assim, não obstante a relevante contribuição do positivismo jurídico para o desenvolvimento da ciência jurídica, os limites desta forma de observar o fenômeno jurídico ficaram bastante claros com as barbáries praticadas pelo Estado nazista durante a Segunda Grande Guerra. A separação rigorosa entre direito e moral não suportou o peso das atrocidades cometidas sob a capa da lei (apenas) em sentido formal.

Sobre o positivismo formalista, Paulo BONAVIDES observa que:

O formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o *modus faciendi* legal e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal¹⁰.

Com o fim da Segunda Grande Guerra inicia-se, então, um processo de reaproximação entre direito e moral.

No neoconstitucionalismo – enquanto teoria do Direito – a lei deixa de ser a única, suprema e racional fonte do Direito, sendo este, talvez, o sinal mais claro da crise do positivismo jurídico, que se forjou em torno dos dogmas da estatalidade e da legalidade do Direito¹¹.

Luis Prieto SANCHÍS observa, entretanto, que a exigência de renovação é seguramente mais profunda, de modo que o constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do Direito, que tem como características

⁸ A consideração lógico-objetivante implica em uma leitura estrutural-formal do fenômeno jurídico, leitura essa que “coloca entre parêntesis a actividade espiritual do homem, isto é, abstrai do acto de invenção que promove o movimento cultura-histórico, para não considerar senão o encadeamento das produções do espírito por transformações sucessivas, para olhar apenas ao surgir necessário de uma estrutura a partir de outra – ou seja, para ver apenas a articulação das estruturas”. MACHADO, João Batista. Nota Preambular à obra de Hans KELSEN *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

⁹ MACHADO, João Batista. Nota Preambular à obra de Hans KELSEN *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 175.

¹¹ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005. p. 131.

marcantes as seguintes: i) mais princípios que regras; ii) mais ponderação que subsunção; iii) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos dotados de um mínimo de relevância; iv) onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; v) coexistência de uma pluralidade de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de uns poucos princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas¹².

No que diz respeito às normas jurídicas, talvez com uma dose de exagero, quase se poderia dizer que não há norma substantiva da Constituição que não se depare com outras normas capazes de fornecer eventualmente razões que levem a uma solução contrária¹³.

Entretanto, isso não significa que as Constituições do neoconstitucionalismo equivalem a um conjunto de normas contraditórias entre si que se sobreponem de maneira permanente proporcionando soluções contraditórias. Isso estaria correto caso as normas constitucionais aparecessem como regras, mas o que ocorre é que no neoconstitucionalismo os princípios predominam sobre as regras¹⁴.

Importa observar, ainda, que o neoconstitucionalismo desenvolve-se no contexto do Estado constitucional – enquanto que o positivismo desenvolveu-se no Estado legalista, o que pode indicar que as teorias jurídicas são condicionadas pelo modelo de Estado.

No Estado constitucional, os critérios de validade das leis alteram-se, passando a depender não apenas da forma pela qual são produzidas – como ocorria no Estado legalista –, mas também pela compatibilidade de seus conteúdos com os princípios constitucionais¹⁵, elevados agora à categoria de norma jurídica.

¹² Idem.

¹³ Ibidem, p. 134.

¹⁴ Idem.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: Neoconstitucionalismo(s). 2ª ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005. p. 18.

3. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A definição de princípio teve contribuição fundamental na tradição anglo-saxônica. Ronald DWORKIN procurou atacar de forma geral o positivismo, principalmente no que se refere à forma aberta de argumentação proporcionada pelos princípios¹⁶.

Com a elevação dos princípios à condição de norma jurídica, as regras passam a dividir o espaço normativo antes apenas por elas ocupado, dando ocasião à dicotomização teórica das espécies jurídico-normativas.

Segundo Robert ALEXY, a distinção entre regras e princípios é fundamental para a análise da estrutura da norma de direito fundamental. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante dentre as variadas diferenciações teórico-estruturais é a distinção entre regras e princípios. Tal é a importância da distinção entre as espécies de normas jurídicas, que ALEXY afirma ser ela “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a resolução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”¹⁷.

Para o autor alemão, tal distinção possibilita a existência de uma teoria adequada acerca das restrições a direitos fundamentais, uma teoria satisfatória sobre colisão dos princípios, bem como uma teoria suficiente acerca do papel que os direitos fundamentais desempenham no sistema jurídico. Essa distinção caracteriza-se, ainda, como elemento básico não apenas da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, “mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito”¹⁸.

Sobre o tema, J.J. Gomes CANOTILHO observa que regras e princípios são duas espécies de normas jurídicas. Entretanto, saber como distinguir uma

¹⁶ ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Regras e Princípios e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*. Ano I – vol. I – n.º. 4 – julho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. p. 08. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acessado em 10 de setembro de 2015.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

¹⁸ Idem.

espécie da outra é uma tarefa complexa, sendo sugerido pelo constitucionalista português os seguintes critérios¹⁹:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são Standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante²⁰.

Os princípios podem ser distinguidos entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os primeiros desempenham uma função argumentativa, e possibilitam aos juristas – especialmente aos juízes – o desenvolvimento, a integração e a complementação do direito. Entretanto, não é desta categoria de princípios que CANOTILHO trata ao distinguir regras e princípios²¹.

Ao tratar da distinção entre as espécies normativas, o constitucionalista português se refere aos princípios enquanto normas jurídicas, “qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas”²². CANOTILHO filia-se à corrente que entende haver diferenças qualitativas entre regras e princípios, que se traduzem nos seguintes aspectos: i) os princípios caracterizam-se como normas jurídicas que impõem uma otimização, e admitem graus variados concretização, de acordo com os condicionantes fáticos e jurídicos; ii) as regras, por sua vez, são normas que prescrevem – de forma imperativa – uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que pode ser cumprida ou não; iii) a relação dos princípios é conflitual, enquanto que a

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1124.

²⁰ Ibidem, p. 1124 e 1125.

²¹ Idem.

²² Idem.

das regras é antinômica; iv) os princípios existem simultaneamente (ainda que haja conflito entre eles), as regras incompatíveis excluem-se²³.

Por um lado, os princípios constituem exigências de otimização, permitindo assim o balanceamento de valores e interesses, sem, entretanto, excluírem-se em caso de conflito; por outro, as regras estão submetidas à lógica do tudo ou nada, significando que, se uma regra tem validade, “deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos”²⁴.

ALEXY reúne regras e princípios sob o conceito de norma. Ambas as categorias são normas porque ambas afirmam o que deve ser. É possível formulá-las pelas expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. Tanto princípios como regras, caracterizam-se como razões para juízos concretos de dever-ser, a despeito de serem de espécie muito diferente²⁵.

Diversos são os critérios para se distinguir regras e princípios, e provavelmente o critério da generalidade seja o mais utilizado. Por este critério, os princípios têm por característica um grau relativamente alto de generalidade, enquanto que as regras, ao contrário, possuem um grau de generalidade relativamente baixo²⁶.

Com base nessa diferenciação entre regras e princípios é possível identificar três teses possíveis acerca da matéria. A primeira sustenta a impossibilidade – diante da diversidade existente – de se diferenciar regras e princípios. Isso porque os critérios de diferenciação entre regras e princípios, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações de grau, podem ser combinados do modo que se desejar²⁷. A segunda tese defende que a diferenciação entre regras e princípios é uma diferenciação apenas de grau, e entende que o grau de generalidade é decisivo para a distinção. A terceira tese entende que, para além de uma diferença de grau, há uma diferença qualitativa entre regras e princípios²⁸.

Para ALEXY, o critério decisivo para a distinção entre regras e princípios “é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 87.

²⁶ Idem.

²⁷ Ibidem, 89.

²⁸ Ibidem, p. 90.

medida possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁹. Os princípios são vistos, assim, como mandados de otimização, o que significa que podem ser realizados em graus variados e que sua realização depende tanto das possibilidades fáticas como das possibilidades jurídicas, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes³⁰.

Por seu turno, as regras caracterizam-se como normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas; “regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Assim, para ALEXY, isso demonstra que a distinção entre regras e princípios não é apenas uma distinção de grau, mas sim uma distinção qualitativa³¹.

Pelo que foi exposto, já é possível antever que o modo de superação de colisões entre princípios, e o modo de superação de conflito entre regras, obedecem a lógicas próprias.

E é nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras que se pode observar com maior nitidez a distinção entre regras e princípios. Entretanto, há um aspecto comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras, qual seja, o de que “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução de conflito”³².

Ronald DWORKIN, por sua vez, afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”³³. As regras aplicam-se segundo a lógica do tudo-ou-nada, significando que, dados os fatos previstos pela regra, ou ela é válida – e a resposta por ela fornecida é aceita –, ou a regra não é válida – e, portanto, não pode oferecer qualquer resposta para o caso³⁴.

Já os princípios possuem uma dimensão não encontrada nas regras, qual seja, a dimensão do peso. No caso de choque entre princípios, o

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ Ibidem, p. 91.

³² Ibidem, p. 92.

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

³⁴ Idem.

intérprete/aplicador deve considerar a força relativa de cada um dos princípios envolvidos. Não obstante essa mensuração da força relativa de cada princípio não ser exata – sujeitando-se, portanto, a controvérsia –, o peso é uma dimensão integrante do conceito de princípio, de forma que é importante perguntar qual o peso ele tem ou o quanto ele é importante³⁵.

Como as regras não possuem a dimensão do peso, no caso de conflito entre normas desta espécie, uma delas deve ser declarada inválida. Mas a decisão sobre qual regra é válida e qual precisa ser abandonada ou reformulada, deve basear-se no próprio sistema jurídico que elas integram. Um sistema jurídico pode regular tais conflitos por critérios variados: precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica, etc³⁶.

Para ALEXY, somente se pode solucionar um conflito entre regras por meio da introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pela declaração de invalidade de uma das regras. O autor alemão oferece como exemplo de resolução de conflito entre regras por meio de introdução de uma cláusula de exceção, o caso da proibição de sair da sala de aula antes do toque do sinal e o dever de sair da sala de aula no caso de toque de alarme de incêndio. Caso o alarme de incêndio soe antes do toque de sinal haverá um conflito de regras, que acabam por conduzir a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Tal conflito deve ser solucionado por meio da inclusão de uma cláusula de exceção, na primeira regra, para o caso de alarme de incêndio³⁷.

No caso de não ser possível a resolução do conflito por meio da introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida e, por consequência, retirada do ordenamento jurídico. Observa ALEXY que, diferentemente do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade não é passível de graduação, significando que uma norma jurídica ou é válida, ou não é. Sendo válida uma regra, e se for também aplicável a um caso concreto, sua consequência jurídica também o será. Independentemente da forma como

³⁵ Ibidem, pp. 42 e 43.

³⁶ Idem.

³⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 92.

sejam fundamentados, dois juízos concretos de dever-ser, contraditórios entre si, não podem ser válidos. Assim, constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e se tal contradição não puder ser eliminada por meio de uma cláusula de exceção, uma das regras, obrigatoriamente, deverá ser declarada inválida³⁸.

Já a solução de colisões entre princípios segue uma lógica distinta da solução de conflito entre regras, em atenção à estrutura diferenciada dos princípios em relação à estrutura das regras.

No caso de colisão de dois princípios o que ocorre é que um deles deve ceder. Entretanto, não se pode dizer que o princípio que cede será declarado inválido ou que será introduzida cláusula de exceção. O que ocorre é que, em determinada condições, um princípio prevalecerá em face de outro; mas, alteradas as condições, nada impede que a relação entre os mesmos princípios se inverta, ou seja, o princípio que sob determinadas condições teve que ceder, em outras condições, poderá prevalecer. Desta forma, é possível afirmar que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso prevalecem. É possível concluir, assim, que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”³⁹.

Entretanto, é necessário reconhecer a complexidade do pensamento de ALEXY relativamente ao que ele chama “lei de colisão”, de modo que não há espaço no presente trabalho para o devido aprofundamento desta matéria, apontando-se apenas suas linhas mais gerais.

A solução para o problema da colisão de princípios consiste na fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto⁴⁰.

Para ALEXY “o conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio P_2 se houver razões suficientes para que P_1

³⁸ Idem.

³⁹ Ibidem, pp. 93 e 94.

⁴⁰ Ibidem, p. 96.

prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto”⁴¹. Observe-se que C desempenha uma dupla função: i) é a condição de uma relação de precedência; ii) é o pressuposto do suporte fático⁴² de uma regra⁴³. Nas palavras de ALEXY

Esse duplo caráter de C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de P_1 (...) em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P_1 é aplicável se estiverem presentes as condições C . Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, que diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente⁴⁴.

Assim, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”⁴⁵.

Gustavo ZAGREBELSKI observa que a literatura sobre a distinção entre regras e princípios é vastíssima, demonstrando tanto o caráter problemático da distinção, como também a sua importância⁴⁶.

Não obstante a importância dessas teorias e do alto nível de sofisticação alcançado, a distinção entre regras e princípios sujeita-se a severas críticas.

Álvaro Ricardo de Souza CRUZ, por exemplo, partindo de um marco teórico distinto, entende que os limites do positivismo – e da relação sujeito/objeto – ainda não foram superados pela ciência jurídica. Sintoma disso, seria o fato de que as posições que sustentam a distinção entre regras e princípios entendem ser possível a distinção entre fato e norma⁴⁷.

⁴¹ Ibidem, p. 97.

⁴² Segundo Virgílio Afonso da Silva “uma primeira distinção importante, quando se fala em suporte fático, é aquela entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Suporte fático abstrato é o formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Suporte fático concreto, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridizou. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67 e 68.

⁴³ Ibidem, p. 98.

⁴⁴ Ibidem, p. 98 e 99.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 109.

⁴⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Regras e Princípios: Por uma distinção normoteorética*. pp. 45-46. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8746/6063>. Acesso em 04 set. 2015.

A questão da indeterminação da *facti specie* ou da abstração tipológica da norma parte de uma análise sintático/semântico dos textos legais, algo já de há muito superado pelo giro linguístico. Assim, analisar textos legais fora de seu contexto de aplicação pode, no máximo, gerar preconceitos de fundo metafísico no intérprete, eis que não há norma desconectada de sua faticidade⁴⁸.

Não apenas os princípios, mas também as regras teriam uma conceitualidade aberta. Isso demonstra que o problema da distinção entre regras e princípios está no fato de se afirmar que alguns enunciados (as regras) admitem uma univocidade de sentido, enquanto que outros (os princípios) não⁴⁹.

Humberto ÁVILA afirma não ser possível uma distinção *a priori* entre regras e princípios. Para o referido autor, de um lado, toda norma pode ser reformulada de maneira a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência; de outro, em toda norma, mesmo que haja uma hipótese seguida de uma consequência, há menção a fins. Desta forma, o qualificativo de princípio ou de regra não se vincula a uma estrutura hipotética, mas sim à argumentação utilizada⁵⁰.

Isso significa que “é o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa”⁵¹.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

⁵¹ Ibidem, p. 49

4. A TESE DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS

O conceito de derrotabilidade foi lançado no artigo chamado *The Ascription of Responsibility and Rights*, de Herbert HART, “a partir do reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo estando presentes os seus requisitos necessários e suficientes”⁵².

Operadores do direito, por diversas vezes, propõem uma solução diversa daquela prevista no enunciado normativo incidente sobre o caso, promovendo, assim, a derrotabilidade da resposta apresentada pelo direito positivo. Desta forma, pode-se afirmar que na prática o fenômeno é recorrente, mas não havia até a obra de HART “nenhuma teoria que assinalasse para a existência de uma cláusula de exceção na estrutura da regra jurídica”⁵³.

Nesta obra, HART sustenta que os conceitos jurídicos possuem um caráter *sui generis*, que se manifesta na impossibilidade de se estabelecer, *ex ante*, um rol de condições necessárias e suficientes para a sua aplicação. HART afirma ser possível apenas estabelecer suas condições normais de aplicação, que se faz acompanhar, inevitavelmente, por uma cláusula aberta, denominada “a menos que...”, que por sua vez refere-se a circunstâncias excepcionais, impossíveis de antever de modo genérico e cuja concorrência tornaria inaplicável o conceito. O caráter derrotável da norma identifica-se, precisamente, nesta circunstância⁵⁴.

Embora a relação regra/exceção “não seja nova na filosofia das ciências, a obra de HART tem um valor histórico para o Direito, sobretudo pela proposta consoante a qual a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos podem não se dar ou quedar-se afastados”⁵⁵.

⁵² VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O Conceito de Derrotabilidade Normativa*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2009, p. 47.

⁵³ Ibidem, p. 49.

⁵⁴ BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico*. Isonomía, n.º 13/Octubre, 2000. pp. 90 e 91. Disponível em www.cervantesvirtual.com. Acesso em 03 ago. 2015.

⁵⁵ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. Cit. p. 48.

Assim, a derrotabilidade das normas consiste em admitir que o conjunto de exceções – que impedem que a consequência jurídica prevista em uma regra ocorra – não pode ser determinado *ex ante*⁵⁶, ou seja, não pode ser definido no próprio enunciado normativo.

O problema a ser resolvido, portanto, passa a ser o de como determinar as exceções ulteriores, aquelas não prevista no texto normativo. Nesse momento, a teoria do Direito não poderá se limitar a uma teoria do sistema jurídico, mas deverá afirmar-se como uma teoria da argumentação que possa dar conta deste problema, dando conta desta categoria de exceções⁵⁷.

Jorge Luís RODRIGUEZ E Germán SUCAR apontaram os principais aspectos da derrotabilidade, sendo que os principais fatos geradores desta são:

1. A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em relação a que se atribui em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a compreender os casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos.
2. Pode-se promulgar no sistema novos enunciados jurídicos que substituam a solução normativa estabelecida para um caso, ao introduzirem exceções antes não contempladas.
3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem se considerar o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada.
4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular.
5. Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, mas sempre pode pensar em casos reais ou imaginários atípicos que mereçam uma solução diferenciada. Por isso as obrigações e direitos consagrados em normas gerais devem ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas.
6. Por ser o uso primário dos conceitos jurídicos adscritivo e não prescritivo (isto é, que não podem validar-se em função da informação fática trazida em seu apoio), não se pode enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Por isso um juiz, ao qualificar uma situação mediante um conceito jurídico, como por exemplo o de “contrato”, possui uma margem não eliminável de discricionariedade. Ele não descreve o fato de que algo seja um contrato em função de certas características empíricas identificáveis, mas adscreve a algo a qualidade de ser um contrato.
7. Qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico.

⁵⁶ FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la Moralidad*. Uma aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta. p. 157.

⁵⁷ Ibidem, p. 158.

8. A norma geral que um órgão jurisdicional invoca como fundamento de validade da norma por ele criada para a resolução de um caso, não somente serve para convalidar essa norma individual efetivamente adotada, mas também toda uma classe de soluções igualmente válidas.

9. Para se determinar a qualificação normativa de certa conduta de um sujeito em um caso particular, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que pode considerar-se “verdadeira” ou “completa”, sempre é possível que, em uma situação na qual se crê ser o sujeito detentor de uma obrigação, contenha-se ademais alguma particularidade que torne operativa uma exceção.

10. No ponto anterior supõe-se informação completa. Todavia, nossa informação acerca da realidade é sempre incompleta. Quando formulamos juízos normativos a respeito de casos particulares, somente podemos emitir juízos derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrotá-los.

11. Qualquer pretensão formulada perante o juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que no caso e questão concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema⁵⁸.

Apesar da falta de univocidade do termo “derrotabilidade”, é possível identificar um núcleo invariável atribuído ao seu conceito, que consiste na ideia de que a consequência prevista na norma jurídica pode ser derrotada, não-aplicada, por força de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Utilizando a linguagem processual, é possível falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos com aptidão para enfraquecer a norma *prima facie*, dando lugar, assim, à aplicação de uma norma excepcional⁵⁹.

Esta ideia possui um paralelismo à ideia de dever *prima facie*, frequentemente utilizada na filosofia moral, de modo que as expressões “derrotabilidade da norma”, “*prima facie*” ou “aberta” podem ser consideradas permutáveis⁶⁰.

A partir da distinção entre enunciado normativo (texto linguístico) e norma (interpretação do texto), a interpretação adscrita é válida *prima facie* para cada norma desde uma perspectiva atomizadora, ou seja, que considere as normas isoladamente⁶¹.

José Victor GARCÍA-YZAGUIRRE observa que:

⁵⁸ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. Cit., p. 49 e 50.

⁵⁹ Ibidem, p. 51.

⁶⁰ BAYÓN, Juan Carlos. Op. Cit. p. 91 e 92.

⁶¹ GARCIA-YZAGUIRRE, José Víctor. La Validez Prima Facie y el Principio de Derrotabilidad de las Normas Jurídicas. *Díkaion* - ISSN 0120-8942, Año 26 - Vol.21 Núm. 2 - Chía, Colombia - Diciembre 2012. p. 464. Disponível em <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2272/3120>. Acesso em 08 set. 2015.

Cada interpretación no tiene por qué perder su vinculatoriedad para quien goza o se obliga a partir de uma posición derivada de dicha norma, salvo que con una interpretación sistemática de los hechos y con otras normas posibles de adscribir a la disposición se elabore uma razón de mayor peso a uma interpretación contraria, en cuyo caso esta ha de primar para el caso concreto⁶².

Outra questão importante é saber sobre qual objeto lança-se a derrotabilidade: se sobre os textos normativos ou se sobre as normas jurídicas.

VASCONCELLOS afirma, com propriedade, que a derrotabilidade ocorre no âmbito das normas jurídicas e não dos enunciados normativos. Isso porque texto normativo e norma jurídica não se confundem e a concretização dos direitos ocorre pelo trabalho do intérprete e não do legislador, fato que acaba por dividir a problemática jurídica em dois planos: o de produção e o de aplicação/interpretação. Assim, é possível construir várias normas jurídicas a partir de um único texto normativo, do mesmo modo que uma norma jurídica pode ser construída com fundamento em diversos enunciados normativos⁶³.

Nas palavras de VASCONCELLOS, “no nível sintático da linguagem, onde residem as previsões textuais “em-si-mesmas”, destoadas de qualquer interpretação, não há margem para qualquer questionamento acerca da derrotabilidade. O texto, por si mesmo e sem a intervenção do intérprete, não irá se ‘derrotar’”⁶⁴.

VASCONCELLOS observa que:

a representação lógica da derrotabilidade encontra-se (e mantém-se) no plano sintático, no qual a derrotabilidade não acontece, mas apenas é representada, em um suporte físico⁶⁵. Alchourrón e Bulygin lembram que somente nas linguagens puramente formais – como são as da lógica e da matemática puras – não se encontram problemas de vaguença, não porque seus conceitos sejam mais exatos que os das outras ciências, mas porque não são empíricos⁶⁶.

Neste ponto, toca-se na questão da diferenciação – ou não coincidência – entre texto normativo e norma. Sobre o tema, Ricardo GUASTINI chama disposição todo enunciado que integre um documento normativo, ou seja, “qualquer enunciado do discurso das fontes”; já a norma, para o autor, é todo

⁶² Idem.

⁶³ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. Cit., p. 52.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Ibidem, p. 53.

⁶⁶ Idem.

enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer intérprete) a uma disposição. Assim, enquanto a disposição é um texto a ser interpretado, a norma é um texto interpretado⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, Humberto ÁVILA afirma que “é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”⁶⁸. Desta forma, as normas jurídicas não possuiriam uma estrutura particular e *a priori*.

Outra observação crítica que parece merecer destaque é aquela lançada por Alfonso García FIGUEROA, que afirma que entender os princípios como mandados de otimização – como ALEXY o faz – de certo modo exclui a derrotabilidade desta espécie normativa. Um mandado de otimização exige que algo seja realizado na maior medida possível consoante as possibilidades fáticas e jurídicas⁶⁹.

Nas palavras de Alfonso García FIGUEROA

Si ello es así, entonces ese mandato es inderrotable, precisamente porque su revisión no es necesaria: la revisión de las excepciones que impone la derrotabilidad al mandato se hallaría ya implícita em la cláusula “de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fáticas”. Em otras palabras, si la norma Del artículo 14 CE es um princípio, entonces nos dice que em la mayor medida posible no se debe discriminar y no tiene sentido revisar este enunciado porque “la mayor medida posible” implica precisamente la revisión del alcance de principio *en cada caso posible*. Esta concepción de los principios jusfundamentales parece sin embargo problemática⁷⁰.

Tratando da distinção entre regras e princípios, no plano analítico-conceitual, FIGUEROA afirma que tal distinção é mais frágil do que se pensa, embora isso não signifique que não tenha relevância nenhuma. Colocado em termos gerais, o grande problema da distinção entre regras e princípios encontra-se no fato de que o caráter disposicional da derrotabilidade tem sido devidamente considerado pelos autores⁷¹.

Nesse sentido, importa precisar em que sentido FIGUEROA fala de princípios em oposição às regras. Para o referido autor, afirmar que a norma N

⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 25 e 26.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, p. 34.

⁶⁹ FIGUEROA, Alfonso García. Op. Cit., p. 133.

⁷⁰ Ibidem, pp. 133 e 134.

⁷¹ Ibidem, p. 136.

é um princípio significa que a norma N é derrotável; e ser derrotável significa que a norma prima facie tida como reguladora do caso, pode restar afastada no caso de surgirem novas exceções justificadas e não previstas *a priori*⁷².

Isso não significa que de fato a norma N tenha sido excepcionada; do mesmo modo que não significa que provavelmente será excepcionada no futuro. Significa, sim, que a norma deverá ser excepcionada quando concorra a condição necessária para tal. Assim, a derrotabilidade apresenta-se como uma propriedade disposicional, pois tem sua manifestação condicionada à ocorrência de fato da sua condição de manifestação. Importa observar que a propriedade disposicional diferencia-se de propriedade categórica, na medida em que esta se pode verificar em qualquer momento, enquanto que aquela se verifica somente em condições específicas⁷³. Em outros termos, a derrotabilidade não ocorre sempre – pois isso seria uma propriedade categórica – mas ocorre somente se, antes, ocorrer a condição para sua manifestação.

FIGUEROA lembra àqueles que sustentam uma distinção forte entre regras e princípios que tal distinção parte de uma fragmentação do ordenamento jurídico que acaba num atomismo – sobre o qual repousa a distinção –, e isso parece difícil de sustentar no contexto do Estado constitucional em que normas jurídicas derrotáveis e pretensamente não derrotáveis encontram-se imbricadas sob o ponto vista da justificação⁷⁴.

Há os que entendem que a ausência de exceções efetivas – ao princípio da dignidade, por exemplo – ou seja, da falta de manifestação da disposição à derrota de um princípio, invalida o caráter principal de uma norma – confirmando seu caráter de regra. Nesses casos, FIGUEROA insiste em lembrar que a derrotabilidade é uma propriedade disposicional das normas, não se confundindo com uma propriedade categórica⁷⁵.

Para FIGUEROA, a derrotabilidade das normas corresponde a uma resposta mais adequada da Ciência do Direito no contexto do Estado constitucional, tendo a vantagem, ainda, de lançar mão de uma visão holística do ordenamento jurídico:

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem, p. 137.

⁷⁴ Ibidem, p. 138.

⁷⁵ Ibidem, p. 139.

Em suma, en un Estado constitucional, la visión holista del ordenamiento jurídico, explícitamente promovida por la idea del efecto de irradiación, queda reforzada por una concepción disposicional de las normas fundamentales, puesto que, bajo su luz, no sólo interesa la efectiva interacción entre normas constitucionales e infraconstitucionales, sino también la que pueda y (en su caso) deba tener lugar en el futuro a partir de los imprevisibles casos que puedan surgir. En lo que sigue desearía abundar en dos ideas. La primera es que la distinción entre reglas e principios no puede ser una distinción fuerte, sino débil (y sobre todo distinta de lo que se ha considerado usualmente). La segunda consiste en que la propiedad de ser un principio, intrínsecamente disposicional, presenta una serie de particularidades y consecuencias que se proyectan tanto en el ámbito de la teoría de las normas como en la teoría del Derecho⁷⁶.

Segundo o mesmo autor, “la derrotabilidad constituye la propiedad estructural necesaria que deben presentar las normas constitucionales y especialmente las normas jusfundamentales para dar cobertura a la dimensión axiológica que adquiere el Derecho en los Estados constitucionales”⁷⁷.

Assim, a derrotabilidade das normas no Estado constitucional apresenta-se como a deontologia que responde de forma mais adequada à axiologia própria do Direito no contexto do Estado constitucional⁷⁸.

No caso de se adotar uma tese forte da distinção entre regras e princípios no plano ontológico, poderão aparecer alguns problemas ao se confrontar as espécies normativas com seus (distintos) modos de aplicação no plano funcional. Neste plano, as espécies de normas distinguem-se em i) normas que se aplicam por subsunção e ii) normas que se aplicam por ponderação. Desta forma, as regras são aplicadas como mandados de determinação, enquanto que os princípios são aplicados como mandados de otimização. Por consequência, ontologia e função encontram-se imbricadas na separação regras/princípios, de modo tal que a tese da distinção forte entre regras e princípios leva a uma tese que opere uma distinção forte também entre subsunção e ponderação. Assim, FIGUEROA entende que uma crítica à tese da distinção forte de ALEXY pode seguir duas estratégias: demonstrar que regras podem submeter-se à ponderação, e que os princípios podem ser manejados por meio da subsunção⁷⁹.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ibidem, p. 142.

Para FIGUEROA, a causa de alguns dos principais problemas da tese forte não está nas propriedades atribuídas aos princípios, mas nas propriedades atribuídas às regras. O autor chama de paradoxo principalista formalista o fato de que a tese forte da separação entre regras e princípios tem um propósito antiformalista que tem por fundamento as especificidades da aplicação dos princípios, mas que, contrariamente, acaba por caracterizar a estrutura e a aplicação das regras com um formalismo rigoroso⁸⁰.

Ana Lúcia Pretto PEREIRA, observa que “a tese da derrotabilidade normativa tem relevância pela pretensão de ser compreensiva da dimensão axiológica que o direito adquire nos Estados constitucionais”⁸¹

Em um Estado constitucional, segundo FIGUEROA, não parece possível sustentar uma separação forte entre regras e princípios, tendo em vista o efeito irradiante da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, sendo mais apropriado falar em termos de normas em geral, ou, no máximo, adotar uma distinção fraca entre regras e princípios⁸².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguramente, é possível concluir que a complexidade das teses acerca das normas jurídicas corresponde à complexidade do fenômeno jurídico dos dias atuais. A reaproximação entre direito e moral, necessária para substancializar as normas jurídicas, se por um lado teve o efeito positivo desejado, por outro, trouxe uma complexidade ainda maior para o Direito, sobretudo se considerado o pluralismo social, e os consequentes desacordos morais razoáveis sobre temas relevantes.

Entretanto, as teses apresentadas demonstram um nível de sofisticação considerável e, embora não possam dar conta de todas as dificuldades

⁸⁰ Ibidem, p. 143.

⁸¹ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. O conteúdo e alcance do art. 5º, § 1º, da CF/1988. In: Direito Constitucional Brasileiro. *Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Clémerson Merlin Clève (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 379.

⁸² Ibidem, p. 145.

surgidas no âmbito jurídico, oferecem respostas razoáveis, bem como servem de balizas para novas teorizações.

O que parece se destacar tanto na distinção entre regras e princípios quanto na tese da derrotabilidade, é o papel fundamental que desempenha o intérprete. É este, por meio da argumentação, que constrói a norma a partir dos textos normativos, fato de fundamental importância, pois a norma, no Estado constitucional, não é mais um dado pronto e acabado, imposto por uma autoridade competente. A norma é, antes, uma construção realizada também pelos seus próprios destinatários, o que, no contexto de uma sociedade democrática, possibilita – e mesmo solicita – uma participação abrangente desta na construção dos significados normativos.

Nesse sentido, abre-se a possibilidade de que o sujeito/intérprete – e não apenas o sujeito/intérprete/aplicador – se dê conta de sua condição de potencial transformador positivo da realidade na qual está inserido, contribuindo, assim, entre outras coisas, para o desenvolvimento dos ideais de democracia e de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Regras e Princípios e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*. Ano I – vol. I – n^º 4 – julho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

_____. Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico*. Isonomía, n.^º 13/Octubre, 2000. Disponível em www.cervantesvirtual.com. Acesso em 03 ago. 2015.

BOBBIO. Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Regras e Princípios: Por uma distinção normoteorética*. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8746/6063>. Acesso em 04 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la Moralidad. Uma aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

GARCÍA-YZAGUIRRE, José Víctor, *La Validez Prima Facie y el Principio de Derrotabilidad de las Normas Jurídicas*. Díkaion - ISSN 0120-8942, Año 26 - Vol.21 Núm. 2 - Chía, Colombia – Diciembre 2011. Disponível em <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2272/3120>. Acesso em 08 set. 2015.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, João Batista. Nota Preambular à obra de Hans KELSEN *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. O conteúdo e alcance do art. 5º, § 1º, da CF/1988. In: Direito Constitucional Brasileiro. *Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Clémerson Merlin Clève (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: *Neoconstitucionalismos*. 2ª ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O Conceito de Derrotabilidade Normativa*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2009.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 10^a ed. Madrid: Trotta, 2011.