

Me. Antônio Dantas de Oliveira Junior



Tribunal de Justiça do Estado do
Tocantins, TJTO, Brasil

antoniod@tjto.jus.br

Dra. Dênia Rodrigues Chagas



Faculdade de Ciências do Tocantins,
FACIT, Brasil

dra.denia.enf@gmail.com

O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL: DA REGRA AO PRINCÍPIO E O CONTRIBUTO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

RESUMO

Os poderes republicanos, que são inerentes ao povo, passaram pela evolução do Naturalismo ao Pós-Positivismo. Isso significa que, fincados na diferenciação entre a lei e o direito na ótica do reencontro com a moral, o juiz passou a ser mais que apenas “a boca que pronunciava as palavras da lei”, e o Judiciário deixou de ser um poder nulo e invisível. O Poder Judiciário, através de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, com o advento da constitucionalização de inúmeros direitos, passou a ter legitimidade e competência de apreciar questões políticas, mas que também são jurídicas de índole constitucional, inclusive as pragmáticas, diante da força normativa da Constituição.

Palavras-chave: Novo Direito Constitucional. Jurisdição Constitucional. Norma Jurídica. Princípio e Regra. Direito e Política.

THE NEW CONSTITUTIONAL LAW: FROM THE RULE TO THE PRINCIPLE AND THE CONTRIBUTION TO THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN BRAZIL

ABSTRACT

The republican powers, which are inherent to the people, went through the evolution from Naturalism to Post Positivism. This means that, rooted in the differentiation between legislation and the law in the perspective of the reencounter with morality, the judge became more than just “the person that pronounced the words of the law”, and the Judiciary ceased to be a null and invisible power. The Judiciary, through a Constitutional Court or a Supreme Court, with the advent of constitutionalizing innumerable rights, started to have legitimacy and competence to appreciate political questions, but which are also legal issues of a constitutional nature, including pragmatic ones, given the normative force of the Constitution.

Keywords: New Constitutional Law. Constitutional Jurisdiction. Legal Norm. Principle and Rule. Law and Politics.

Submetido em: 10/05/2022

Aceito em: 16/05/2022

Publicado em: 20/09/2022

1 INTRODUÇÃO

É imprescindível uma abordagem sobre a figura do novo direito constitucional e sua relação entre as regras e os princípios, com uma viagem pelos constitucionalismos Inglês, Americano e Francês e o caráter político e normativo da Constituição, fazendo uma diferenciação entre regra e princípio e os seus reflexos na jurisdição constitucional.

Desse modo, o objetivo geral desse estudo é visualizar a Constituição sendo não mais uma carta de intenções, mas a protagonista do sistema jurídico, com uma nítida carga valorativa principiológica (aproximação do direito com a moral), e a possibilidade da limitação jurídica do poder estatal em favor da liberdade individual em uma sociedade plural.

Assim sendo, apresenta-se como problema de pesquisa: na vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988 houve o fortalecimento do que a doutrina chama de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo ou o novo direito constitucional? E nesse contexto, tem-se como hipótese: O Texto Constitucional não deve ser meramente retórico, e sim possuir efetividade em relação aos direitos fundamentais.

E ainda: Como se depreende, o neoconstitucionalismo, diferentemente do constitucionalismo moderno, não é descritivo ou deontológico, mas de valores, isto é: as diferenças não devem ser vistas apenas no campo do grau (normas constitucionais x normas infraconstitucionais), pois o critério axiológico é imprescindível na solução das problemáticas.

No novo direito constitucional a Constituição encontra-se no centro do sistema, com imperatividade e superioridade, possuindo carga valorativa (direitos fundamentais), com eficácia irradiante aos poderes e aos particulares, com concretização dos valores constitucionalizados e a garantia de condições dignas mínimas.

2 A IDEIA DE UMA CONSTITUIÇÃO COMO NORMA JURÍDICA E OS CONSTITUCIONALISMOS

Em princípio, para que haja uma compreensão do que seja o direito constitucional como um direito público fundamental é preciso observar os problemas jurídicos-políticos dos movimentos constitucionais ou dos constitucionalismos dos séculos XVII e XVIII.

O direito constitucional, nas palavras de José Afonso da Silva, *in verbis*: “[...] configura-se como direito público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política [...]” (SILVA, 1992, p. 36).

A evolução, inerente a qualquer e toda sociedade, no caso, é caracterizada não apenas por uma superioridade hierárquica da Constituição escalonada na pirâmide jurídica sobrepondo-se aos demais atos normativos, mas, também, por traçar uma preocupação com direitos fundamentais e princípios constitucionais em uma perspectiva, igualmente, além de jurídica, política. Nas palavras de Leal (2003) a norma constitucional passa a ser vista como Lei Fundamental.

A Constituição, nos moldes de uma democracia, é um conjunto de normas jurídicas fundamentais textualizadas e, por isso, norteadora de um ordenamento jurídico através da organização do Estado e garantindo direitos aos titulares do poder constituinte originário. O conceito de Constituição, como norma jurídica, traz no seu bojo a necessidade, em uma escala vertical e horizontal, de resguardo de direitos fundamentais e de respeito à separação de poderes.

Sendo a Constituição uma norma jurídica, vinculadora e de atenção obrigatória pelos poderes constituídos, deve ela, como gênero, ser composta pelas suas espécies, regras e princípios, que, não obstante, fazerem parte do conceito de norma jurídica por possuir conceitos e alcances diferentes (ALEXY, 1999, p. 83).

Sobre Constituição disse o jurista português Canotilho:

Se a Constituição vale como lei, se o Direito Constitucional é Direito Positivo, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e especificadamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento. (CANOTILHO, 1995, p.156)

Os constitucionalismos inglês, americano e francês possuem um elo com o constitucionalismo moderno e têm como premissas a diminuição jurídica do poder político dos governantes em favor dos governados, sem, contudo, deixar de perceber as evoluções históricas (sociais, políticas, religiosas, etc.) entre o constitucionalismo antigo e o moderno. Foi o que Canotilho (2000, p. 51), apropriadamente chamou de “uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.”

O constitucionalismo ou movimento constitucional, este último definido por Canotilho (2000, p. 51), sobretudo na era moderna, é visto também sob dois ângulos: jurídico e sociológico:

[...] em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores de poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado. (CARVALHO, 2006, p. 211)

No primeiro aspecto (jurídico) é o reconhecimento de normas que estão previstas em uma Constituição, e que os integrantes dos poderes constituídos devem obediência, e no segundo viés (sociológico) é a restrição de poder, com o escopo de impedir que a vontade pessoal dos governantes prevaleça contra a sociedade. Seguindo este raciocínio, para se viver de maneira real em um estado de direito democrático os dois fatos (jurídico e sociológico) precisam caminhar juntos.

O presente trabalho, neste ponto, ater-se-á a uma breve digressão acerca dos constitucionalismos inglês, americano e francês, tendo sido o constitucionalismo moderno uma forma de ultrapassar as raízes do estado absolutista. Este último, apesar de autoritário, trouxe um aspecto positivo calcado num modelo econômico que serviu de parâmetro ao capitalismo e ao nascimento do Estado moderno em face da centralização da produção normativa pelo poder público, pois saiu do pluralismo jurídico para o monismo, bem como de um estado de "guerra" de todos contra todos (BOBBIO, 1995; WOLKMER, 1997).

Retornando e reforçando o absolutismo defendido por Hobbes (1774), figurado no contrato social e contra o "Estado de Natureza" não impôs ao Estado o dever de respeitar as liberdades individuais (SOUZA; SARMENTO, 2013)¹, isso porque no Estado Absolutista apesar de possuir, como dito, qualidades não tinha a preocupação com a essência, e o conteúdo dos atos normativos, bastando apenas que adviesse do soberano.

Assim, a teoria do contrato social que mais se aproxima do constitucionalismo moderno é a de Locke (1773), no sentido de que as pessoas transferiram para o Estado apenas uma parte das liberdades individuais. Isso significava dizer que determinados direitos individuais não poderiam ser desprezados pelas autoridades estatais.

Na modernidade, com o advento da limitação jurídica do poder estatal em prol da liberdade individual, nitidamente caracterizou o fracasso do absolutismo, e que, com isso, todos indistintamente deveriam obedecer aos regramentos normativos. Agora, o Estado nas suas funções legislativas, executivas e judiciais não está mais acima do direito e, portanto, precisar-se-á submeter-se à lei (NOVAIS, 2004). É a figura, já tratada, do Estado de Direito.

Partindo da premissa retro e supracitada não é possível, hoje, na maioria dos constitucionalismos que, por exemplo, o legislativo regule ou deixe de regular toda e qualquer matéria sem observância dos preceitos constitucionais, com o simples argumento da maioria, da discricionariedade ou de uma crise econômica, sem que haja uma fundamentação adequada com os ditames constitucionais. No mesmo sentido, os demais poderes constituídos.

2.1 O Constitucionalismo Inglês e a sinalização da mudança.

O constitucionalismo inglês marcado na força do Poder Legislativo, e com uma discricionariedade nitidamente absoluta, independentemente da essência normativa, não assegura a possibilidade de um controle de constitucionalidade por outro poder, a não ser por uma lei em razão da supremacia do parlamento. Evidente, assim, o caráter flexível da constituição não escrita inglesa por ausência de um texto constitucional isolado e da falta de aceitação do princípio da força normativa da constituição (DICEY, 1950 *apud* BARROSO,

¹ O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Ele surgiu na modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito – eram *legibus solutos*. Alguns desenvolvimentos históricos foram essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno, como a ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante; e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas, legadas pelo iluminismo.

2004)², contudo a Constituição inglesa é formada por leis constitucionais determinadoras de direitos fundamentais e organizacionais do Estado.³

Lado outro, no constitucionalismo britânico, nos idos de 1998, houve uma sinalização de mitigação do poder ilimitado do parlamento diante da incorporação à lei interna do Reino Unido as principais cláusulas da Convenção Europeia de Direitos Humanos (HUMAN RIGHTS ACT, 1998)⁴, *European Convention on Human Rights*, instrumento internacional que foi adotado por muitas democracias do oeste europeu a partir de 1950, com a proteção legal a determinados direitos civis e políticos⁵, e uma europeização do direito interno.

Foi o *Humans Right Acts* responsável em conferir às cortes britânicas, ao Poder Judiciário não a competência para declarar a inconstitucionalidade e a nulidade de leis que ofendam direitos fundamentais previstos no referido estatuto codificado em princípios, mas a possibilidade de efetuar um controle de compatibilidade no caso concreto da legislação inglesa com os direitos estatuídos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CYRINO, 2006, p. 35-37). Entretanto, apesar dos avanços, a última palavra continua sendo do parlamento.

O *Humans Right Acts*, diante das peculiaridades, trouxe interesse à comunidade jurídica, assim como “intensa é a polêmica que provocou polêmica evidentemente ainda em curso” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 49), diante da relação entre a monarquia, o parlamento e o judiciário britânicos.

Refletindo sobre o parágrafo anterior está evidente que, na democracia inglesa, de certa forma, houve a diminuição da plenitude da supremacia do Poder Legislativo que, no mínimo, caso não reconheça, conforme estabelecido pelo judiciário, a incompatibilidade da lei com o *Humans Right Acts* gerará uma desconfiança, uma pressão por parte de outros países europeus aderentes ao estatuto, e de parcela da sociedade inglesa.

Observa-se que, é uma abertura, um avanço da análise do sistema jurídico político inglês através do Poder Judiciário, ainda que não haja uma obrigatoriedade, uma vinculação das suas decisões no controle de compatibilidade. Por isso, em último caso, a depender do legislador, poderá prevalecer a lei interna em face da mencionada legislação internacional garantidora de direitos fundamentais, porém, quando houver essa divergência, é possível ao litigante que se sentir prejudicado pleitear junto à Corte Européia.

É uma situação de extrema importância averiguar, no direito comparado, como outras nações estão solucionando questões constitucionais (Inglaterra, França, Estados Unidos, Brasil, Portugal, etc.) relacionadas a direitos fundamentais. Somente assim, será possível ponderar a relação, os avanços e os recuos entre os poderes constituídos, até porque o mundo contemporâneo e globalizado. Um ponto que chama atenção é que a Inglaterra, mesmo no sistema de supremacia do parlamento e de ausência de controle de constitucionalidade, é considerada um dos Estados mais democráticos do mundo.

A Inglaterra é um dos poucos Estados ocidentais que não admite a *judicial review*, apesar da adoção, no ano de 2005, da *Constitutional Reform Act*, onde possibilitou a criação de uma corte constitucional apartada

² Firmou-se no Reino Unido o princípio da soberania do Parlamento “*Parliamentary sovereignty*”, cujos elementos essenciais foram assim caracterizados por Dicey: “[...] I. poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não; II. ausência de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias; III. inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional [...]”

³ Sobre a Constituição britânica baseada nas tradições históricas e não na vontade do constituinte, disse Canotilho (2013, p. 52): “[...] Assim, um Englishman sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito.” Para ele a constituição – The English Constitution – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos ‘ingleses’ e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado ‘the balanced constitution’ [...]”

⁴ Acerca da incoerência da Inglaterra ter participado da elaboração da convenção abaixo e, mesmo assim, não fazer parte internamente dos regramentos por ela criados, Ferreira Filho (1998, p. 49-55) apresentou a seguinte crítica: “[...] A adoção do *Human Rights Act* decorre do processo associativo que integrou a Grã-Bretanha na União Européia. Havendo sido por ela subscrita a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, mas não tendo as normas desta sido incorporadas numa lei, não podiam elas ser invocadas em juízo contra um ato administrativo, o que constituía uma evidente aberração [...]”

⁵ Constou o seguinte no preâmbulo do *Human Rights Act*: “Um Ato para dar eficácia aos direitos e liberdades garantidas sob a Convenção Européia de Direitos Humanos; para fazer previsões a respeito de certos órgãos judiciais que serão juizes da Corte Européia de Direitos Humanos; e para assuntos conexos.” (NT) A tradução é nossa. Do texto original consta: “An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes”.

do legislativo, saindo às funções judiciais da Câmara dos Lordes para um Tribunal Constitucional, este último, impossibilitado da função de controlar a constitucionalidade de leis, a não ser o controle de compatibilidade não vinculado (CYRINO, 2007).

Na verdade, o que houve fora a transferência da jurisdição para um órgão autônomo e independente, e isso propiciou uma revolução no princípio da separação de poderes, a partir do momento que o legislativo não poderia mais atuar como julgador em uma nítida cisão de interferências entre o político e o jurídico das pessoas envolvidas em julgamentos, tudo, para não afrontar a independência da Corte (WOODHOUSE, 2007). Entretanto, essa situação não impediu os juízes de sofrerem fortes pressões da sociedade e da imprensa acerca de julgamentos envolvendo matérias políticas.

Está-se diante do fenômeno das fontes supranacionais que, de certa forma, enfraquece a legislação interna. Por outro lado, fortalece a atuação do judiciário que deverá verificar se uma lei posterior interna está em consonância com uma legislação internacional, ratificada pela Inglaterra, pautada não só em regras, mas em princípios. Efetivamente, no ano de 2009, os julgamentos passaram a acontecer em um Tribunal Constitucional.

2.2 O constitucionalismo americano e a falta de previsão expressa do controle de constitucionalidade difuso: Do elitismo aos direitos fundamentais

Passando pelo constitucionalismo americano, por meio da Convenção de Filadélfia, com a primeira Constituição escrita da era moderna promulgada em 1787, fica evidente, em uma “viragem de Copérnico”, a importância da lei (*rule of the Law*), e a figura da supremacia da Constituição.

Isso ocorreu, pela primeira vez, por intermédio do controle judicial de constitucionalidade em uma situação concreta, difusa de uma lei no emblemático caso “Marbury x Madison,” em que o juiz John Marshall entendeu, mesmo sem previsão constitucional face o sistema do *common Law*, ser competente a Suprema Corte no controle de leis e atos dos demais poderes quando deixassem de observar a Constituição. Esta situação, apesar dos percalços de determinadas épocas, foi importante para a evolução da proteção a direitos fundamentais, e ofereceu um alargamento maior do alcance do princípio da separação de poderes consubstanciado pelo controle comum do sistema de freios e contrapesos (SARLET, 2013).

É perceptível, no constitucionalismo estadunidense, a figura da Constituição como norma jurídica e não apenas como uma mera carta de intenções, portanto, podendo haver a interferência do poder judiciário na solução de conflitos para fazer valer a norma maior. Logo, como já delineado no Federalista nº 78 de Hamilton et al. (2003), nenhum ato legislativo pode ser considerado válido quando desrespeitar a Constituição. Fatalmente, os representantes populares não poderiam estar acima do próprio povo (MADISON, 1987)⁶.

Apesar da revolução causada pelo constitucionalismo americano com o *judicial review* de 1803, “Marbury x Madison”, o fato é que, nem sempre, a Suprema Corte orientou-se na garantia de direitos fundamentais. E sim, de maneira elitista, tolhia o Congresso estadunidense, o poder legislativo, *verbis gratia*, no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford* de 1857, no qual afirmou que o Congresso não teria poderes para impedir que cidadãos americanos possuíssem escravos, mostrando assim, o lado aristocrático e disfuncional do poder judiciário com o fomento da segregação racial. Por isso, a temática que será abordada neste artigo é sutil, localizando-se entre o abuso e a legitimidade dos poderes (VIEIRA, 1999).

O conservadorismo da Suprema Corte Americana no aspecto econômico começa a ser transformado na era do Presidente *Roosevelt* que governou o país do período de 1933 a 1945, quando da criação do programa de recuperação econômica *New Deal* visando combater a crise do capitalismo de 1929 pela qual passou os Estados Unidos, bem como protegendo direitos dos trabalhadores. (VIEIRA, 1999).

⁶ “[...] A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve evidentemente ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes. Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais[...]”.

O problema inicial foi que a Suprema Corte não aceitou, de plano, a proposição de *Roosevelt*, tendo anulado dispositivos legais advindos e aprovados pelo Poder Legislativo. Diante do impasse, em fevereiro de 1937, *Roosevelt* enviou um projeto de lei ao Congresso Americano reformulando a composição da Suprema Corte com o aumento de juízes e, por extensão, o fracionamento do “poder”, daí, sob essa “ameaça”, houve o reconhecimento pela Suprema Corte da política social do *New Deal*.

No constitucionalismo americano, a partir, e passando à era *Roosevelt* surge, assim, o nascer de uma jurisprudência americana progressista, de vanguarda, sobre o reconhecimento de assuntos relacionados a direitos fundamentais, como no famoso caso envolvendo pessoas da raça negra, *Brown X Board of Education, de 1954*, em que a Suprema Corte proibiu a segregação racial entre pretos e brancos nas escolas e determinou a integração, etc (BARROSO, 2009).

Essa linha de pensamento alcançou notoriedade mundial principalmente na segunda metade do século XX, com o advento dos horrores da Segunda Guerra Mundial. Assim, é preciso constar que não existe um medidor exato da sua aceitabilidade (*judicial review*) e variará de acordo com as composições do momento da Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional.

Fato de extrema importância e inevitavelmente acompanhará todo o trabalho, diz respeito ao debate que sempre está em voga nos Estados Unidos acerca do *living Constitution* ou da corrente que defende a teoria originalista de interpretação constitucional (SOUZA; SARMENTO, 2013). Isto é: na primeira situação há a possibilidade de modificar a Constituição pela interpretação e não pela alteração do texto em vista da evolução da sociedade, ou, no segundo caso, a petrificação da Constituição de acordo com os modelos da época de sua aprovação e sem a possibilidade das gerações futuras e os aplicadores do direito interpretarem o texto constitucional às novas realidades sociais.

2.3 O Constitucionalismo Francês e a tendência transformadora de paradigmas: A depressão social

Chegando ao constitucionalismo francês, palco dos conflitos sócio-políticos e econômicos, culminou com a Revolução Francesa de 1789, baseada não só no rompimento com o regime absolutista, como na edificação de um novo Estado formado no eixo da liberdade, da igualdade e da fraternidade, o que, segundo Michelet (1988) acarretou o verdadeiro nascimento do povo. É perceptível que a ideia francesa de Constituição foi organizada na proteção de direitos e na separação de poderes⁷.

“[...] Na França, o processo revolucionário iniciado em 1789 desdobrou-se em três textos constitucionais, promulgados em 1791, 1793 e 1795. [...]” (ARANTES, 2004, p. 82).

A 1ª (primeira) Constituição Francesa, inspirada por meio da racionalidade jusnaturalista e pela teoria constitucionalista moderna, datada de 1791, e a atual de 1958 têm com ator principal do modelo constitucional escrito o poder legislativo que está atrelado ao ideário rousseauiano-jacobina da lei como expressão da vontade geral de um povo (CUNHA JUNIOR, 2015). É a prevalência histórica e ideológica, a primeira por conta de ações abusivas de juízes franceses e a segunda por acreditar em uma separação de poderes mais rígida, de um controle preventivo de constitucionalidade confiado a um órgão político ou não-judicial intitulado de Conselho Constitucional.

O controle preventivo de constitucionalidade francês atribuído ao Conselho Constitucional (CUNHA JUNIOR, 2015), conforme sua origem na Constituição de 1958 poderia ser invocado depois da aprovação da lei pelo parlamento e antes da sua promulgação, e sua correspondência com o texto constitucional. Conclui-se: em não havendo o controle neste momento a situação seria mantida pela ausência de um controle posterior, salvo revogação por outra lei.

Assim, o judiciário estaria adstrito à mera subsunção do fato a norma, sendo a Constituição meramente política, quer dizer: uma bússola dos legisladores, mas sem qualquer possibilidade de diretamente tutelar direitos (CAPPELLETTI, 1992).

No início, a democracia francesa dirigia-se para certo grupo de pessoas apenas, eis que homens políticos estavam acima da lei, gozando de imunidades, enquanto os demais, não. Essa situação, com o término do período jacobina, vem sendo transformada, e as pessoas que fazem parte da Administração Pública passam a responder judicialmente pelos seus atos e não por um Conselho de Estado atrelado à administração (GARAPON, 1998).

⁷ Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

[...] Revela-se como um episódio emblemático dessa concepção legalista (a hegemonia da lei) e legicêntrica (a hegemonia do legislativo) que impedia os juízes de ousar interpretar a lei, na França em agosto de 1790, de lei que instaurou o *referee législatif*. Além disso, era obrigatória a utilização da técnica do *non liquet*. Deste modo, caso o juiz se deparasse com um caso concreto para o qual não existisse lei, restava-lhe um único caminho: recorrer ao parlamento para que regulasse a situação como produção de um ato legal específico [...]. Diante dessa situação continua o autor: “A lei, outrora tida como uma instância de defesa, por via da representação parlamentar, dos cidadãos contra as ameaças do poder soberano, passou a ser uma provisão quase casuística na composição dos numerosos conflitos [...] (OLIVEIRA, 2010, p. 140-141).

No ano de 2008, com regulamentação em 2010, com a reforma constitucional, fora acrescentado o artigo 61-1 à Constituição Francesa, daí o direito francês trouxe a possibilidade do controle posterior de constitucionalidade de leis em vigor violadoras de direitos e liberdades constitucionais com a participação do Poder Judiciário (VEJA, 2015, p. 39)⁸, desde que as mesmas não tenham sido declaradas inconstitucionais em fiscalização preventiva.

Os juízes ou integrantes do contencioso administrativo passam a ter a competência de enviar matéria com suposta inconstitucionalidade à Corte de Cassação, e esta, por sua vez, poderá provocar o Conselho Constitucional, cuja decisão terá eficácia *erga omnes* (SOUZA; SARMENTO, 2013). O modelo Francês do Conselho Constitucional é totalmente diferente, por exemplo, da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional Português ou do Supremo Tribunal Federal, já que sua função é eminentemente política.

É preciso, então, saber se o Estado-Judicial poderá tratar a lei ou sua ausência como uma matéria prima a ser lapidada, no sentido da possibilidade dele ter ou não a legitimidade para ser o último guardião das promessas constitucionais em virtude das diversidades e dificuldades das sociedades contemporâneas consagradoras do princípio da separação de poderes (GARAPON, 1998). É perceptível que houve uma mutação do pensamento francês acerca do assunto, porém com várias limitações em face da *judicial review*.

Na França o limite do judiciário para atuar proativamente em assuntos políticos é bastante restrito, apesar dos avanços, com repercussão em direitos fundamentais pelo fato dos juízes não necessitarem do voto para conquistarem o poder. De modo inverso, o que pode ocorrer é o judiciário ser partícipe do formato peculiar do controle de constitucionalidade preventivo e repressivo. É importante compreender até que ponto o direito não deve ultrapassar as raíais da lei.

Inegavelmente, grande parte do mundo passa por uma ansiedade social causada pelo aumento das carências de um povo e, diante de frustrações ocorridas por diversos motivos, dentre elas, econômicas. Assim, os atores envolvidos buscam o Poder Judiciário como um super-herói para dirimir todas essas aflições, o que se reflete na prática com o aumento, nos últimos anos, das demandas judiciais.

Segundo Leiberman (1981, p. 186): “[...] Não nos tornamos mais processuais porque as barreiras dos sistemas se abriram. A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Tem a sua origem numa depressão social que se exprime e se reforça através da expansão do direito [...].”

Isso não quer dizer que haja uma interferência indevida do Poder Judiciário, mas apenas a aplicação da lei para todos. Segundo parte da doutrina: “O direito tornou-se a nova linguagem através da qual é possível formular os pedidos políticos que, desapontados, se voltam, agora, em grande número, para a justiça” (GARAPON, 1998).

3 A CONSTITUIÇÃO: DO CARÁTER POLÍTICO AO NORMATIVO E A EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

É evidente, *a priori*, até antes da Segunda Guerra Mundial, que a Constituição sempre foi caracterizada como uma proclamação política onde apenas auxiliava os legisladores, portanto sem vinculação alguma e sem assegurar direitos subjetivos aos interessados. Daí, nada impedia que uma Casa Legislativa elaborasse leis imperativas e insensíveis a direitos fundamentais (ENTERRÍA, 2006, p. 41). Assim, a Constituição não possuía obrigatoriedade, não se podendo falar em norma jurídica, com exceção do constitucionalismo americano.

⁸ Recentemente, o Tribunal de 1ª instância de Tours na França (Poder Judiciário), em uma questão política, determinou ao cartório local alteração da certidão de nascimento de uma pessoa em que houve a impossibilidade de definir se o seu sexo é masculino ou feminino para a categoria de “sexo neutro”.

É elementar no mundo jurídico a premissa de que uma norma jurídica possui a característica da obrigatoriedade. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, segundo SANT'ANNA (2014)⁹, principalmente na Europa pela derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha (JULIOS-CAMPUZANO, 2009)¹⁰, a Constituição passou a ter a autoridade de norma jurídica constitucional, o que desembocou na figura da jurisdição constitucional que, em razão dos horrores da guerra, previu um catálogo de direitos fundamentais, tendo como "carro chefe" o princípio da dignidade da pessoa humana, e a aplicação direta do texto constitucional, independentemente da atuação do legislador.

Nessa perspectiva, a democracia, o regime democrático, nada mais é do que a metamorfose de um Estado Totalitário e violento para um Estado pluralista e transcendente, em virtude da preocupação de assegurar direitos fundamentais guiados a cada ser humano de forma pessoal e concreta, e, em igual sentido, a determinados direitos difusos e coletivos (OTERO, 2001). A lógica dessa ideia é a impossibilidade de se falar em democracia quando não houver um Estado de direitos fundamentais, por isso que o Estado, neste modelo, é o meio, e o homem o fim a ser alcançado.

Com a *novel* concepção de constituição como lei fundamental (sentido formal e material), toda e qualquer norma infraconstitucional passou a obedecer aos ditames constitucionais, regras e princípios, o que fortaleceu a criação e o aperfeiçoamento do instituto do controle fiscalizatório jurisdicional de constitucionalidade, bem como o nascimento de tribunais constitucionais, ou o aumento de competências nas cortes mais elevadas de justiça, como fora o caso, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal (NOVAIS, 2014).

O professor Paulo Otero, com muita expertise, na distinção entre totalitarismo e democracia, apresenta argumento direcionado à força normativa da Constituição e sua sindicabilidade, isso porque o Estado não pode atuar com soberba e vontades contrárias ao texto constitucional. Explicita:

[...] Por último, uma vez mais ao arrepio do modelo totalitário, a democracia pressupõe um Estado de juridicidade, envolvendo uma efectiva subordinação de todo o poder a regras e princípios jurídicos que excluem a prepotência: a democracia exige que o poder se encontre submetido ao direito que ele próprio produz e ainda a valores e princípios de natureza suprapositiva que o transcendem e o limitam em termos heterovinulativos [...]. (OTERO, 2001, p. 84)

O direito começa a ampliar o seu leque, sendo a lei apenas uma forma de descrevê-lo. Nesse sentir, a lição de Campuzano:

[...] Após o apogeu do positivismo legalista, a exaltação cientificista do Direito como um objeto axiologicamente neutro e a proclamação do caráter estritamente descritivo do conhecimento jurídico, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito para restabelecer, de alguma maneira, aquela ligação estreita que, nas origens da modernidade, preconizava o jusnaturalismo racionalista, inserindo o direito no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, valores vinculados diretamente com os direitos humanos, cujas primeiras declarações promulgaram-se no ambiente cultural da ilustração [...]. (CAMPUZANO, 2009, p. 10)

É preciso relembra a necessidade de chegar a um resultado razoável entre a linha tênue que deve delimitar as maiorias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (NOVAIS, 2012)¹¹ na resolução de questões

⁹ O período que sucedeu à Segunda Grande Guerra pode ser considerado o primeiro 'boom' constitucional, impulsionado pela reconstrução da Europa, amplamente financiada pelos Estados Unidos da América, que culminou com uma revisão constitucional na Japão em 1946, e com a promulgação das novas Cartas Constitucionais na Itália (1948), na Alemanha (1949) e na França(1958) [...].

¹⁰ Por tudo isso não se pode julgar casual, que, justamente depois da catástrofe, constata-se a insuficiência institucional e jurídica do modelo baseando no Estado de Direito, e, passe-se a adquirir consciência de sua extraordinária fragilidade para promover instrumentos teóricos aptos a combater os efeitos demolidores do formalismo jurídico sobre a estrutura do Estado de Direito.

¹¹ Em julho de 2012, um jornalista britânico, colunista do Financial Times, foi convidado para palestrar em Lisboa sobre a crise financeira e quando foi confrontado, à chegada, com a decisão do Tribunal Constitucional português que acabara de declarar a inconstitucionalidade dos cortes dos 13º e 14º mês de funcionários públicos e pensionistas que o Governo fizera aprovar no orçamento para esse ano, não lhe ocorreu melhor que exclamar algo do gênero: isso de entregar a um bando de juizes um poder sério é de loucos [...].

políticas constitucionalizadas, cabendo ao juiz independente, apesar das correntes divergentes, o resguardo de valores fundamentais em uma democracia constitucional, por óbvio, intitulada de limitada (NOVAIS, 2014).

Teoricamente, todo o expandido, é lógico e parece perfeito, entretanto o mundo das Constituições democráticas entra em profunda crise a partir da Constituição de Weimar com a decadência do Estado Liberal e a ascensão do Estado Social, gerando a dúvida se há normatização jurídica em uma Constituição.

Toda essa situação permutou de um momento histórico capitaneado de um compromisso estável de Constituições Liberais Burguesas para um compromisso instável de Constituições Sociais, estas últimas, com a introdução de fórmulas programáticas nas constituições, tudo iniciado com o primeiro pós-guerra do século XX.

Com a categoria de sempre, explica Bonavides:

[...] Quase todo o edifício jurídico das Constituições liberais erguido durante o século XIX veio abaixo. A programaticidade dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais voltou à tela do debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda. O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas. [...] a queda de grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anarquia e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições. O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima. E o lembra, como estamos vendo, precisamente pelo fato de que deixa de ser em primeiro lugar jurídico para se tornar preponderantemente político [...]. (BONAVIDES, 2015, p. 236-238)

No constitucionalismo contemporâneo é preciso destrinchar acerca do caráter jurídico das normas programáticas e o seu grau de eficácia com reflexos na participação do Poder Judiciário, em tempo de crise econômica, quando da limitação ou da omissão de direitos sociais pelos Poderes Legislativos e Executivos. É saber: A íntegra constitucional tem valor normativo? Na atualidade, em Constituições rígidas as normas programáticas possuem eficácia vinculante? A Constituição não pode ser vista como “o valor moral de conselhos, avisos ou lições”, daí são pautadas por normas imperativas, cogentes com aplicabilidade imediata, e o programático não pode ser mais conceituado como ausência de juridicidade, e isso não quer dizer da impossibilidade de limitar poderes e competências entre as funções legislativa, executiva e judicial (BARBOSA, 1932, p. 489).

As Constituições Democráticas, na atualidade, para grande parcela da doutrina não negam cunho normativo às normas programáticas, mas exigem, imprescindivelmente, a necessidade de legislação futura para a sua aplicabilidade, gerando uma relação incerta entre o direito e a política. Nessa perspectiva, há uma dicotomia entre o jurídico e o programático, retornando à dúvida quanto à eficácia das normas constitucionais programáticas.

Em relação às normas constitucionais programáticas a melhor distinção entre elas e a aplicação da Constituição é que aquelas estão ligadas ao surgimento de direitos fundamentais e, por isso, devem ter aplicabilidade direta da Constituição, não devendo ser vista como programas a serem alcançados pelos legisladores caso resolvam elaborar leis.

Nas palavras de Bonavides: “[...] Afigura-se-nos que a compreensão correta das normas programáticas como normas jurídicas contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito jurídico e o conceito político de Constituição [...]” (BONAVIDES, 2015, p. 242).

Existem juristas defendendo a antinormatividade da programaticidade do conteúdo de textos inseridos em uma Constituição, por não aceitarem ser a figura de toda e qualquer tipo de regras e princípios com aplicabilidade direta e imediata.

Adentrando de maneira superficial no oceano de uma Constituição, uma parte da doutrina mundial entende que a atuação da jurisdição constitucional não é tão simplória ao ponto do Poder Judiciário valer-se de uma genérica liberdade de criação em normas constitucionais abertas, ambíguas ou de cunho indeterminado. Tecnicamente denominada de “constituição formuláica”, pois é preciso distinguir dois modelos de Constituição: o constitutivo e o prescritivo (RIBEIRO, 2014).

O primeiro modelo, constitutivo, é aquele em que as opções políticas ficam à disposição de quem possui legitimidade estritamente política, o que afastaria o judiciário, e isso não seria ofensa à democracia. O

segundo, prescritivo, sob outra ótica, é embasado em um critério interpretativo conferido ao Poder Judiciário em questões sem consenso, sem conteúdo preciso, etc., portanto abarcando questões políticas e jurídicas. Dessa maneira, pelo raciocínio da 1ª (primeira) corrente a temática é somente política, e para o pensamento da 2ª (segunda) corrente a problemática não é apenas política, mas também, jurídica.

Chega-se ao denominador comum de que a Constituição é uma norma jurídica, contudo a temática deverá ser delimitada para, assim, encontrar uma resposta mais efetiva aos chamados direitos positivos ou direitos a prestações, quando o conteúdo destes direitos for abrangente, e não por ser o sentido da norma indeterminado.

Na hipótese ensinada por Hart (2007) referente a uma textura aberta do direito, ou por Alexy (2002) acerca de uma abertura semântica das normas constitucionais ou infraconstitucionais, inevitavelmente alguma parte de determinada legislação precisará ser aplicada e resolvida diante da dúvida e da ausência de determinação, em razão de sua generalidade excessiva.

O fato da indeterminação é causado pela impossibilidade natural do legislador em regulamentar toda e qualquer situações que possam ocorrer no futuro, acarretando um poder discricionário ao intérprete. Aqui, mesmo com a polissemia da norma, diante da impossibilidade da figura do legislador vidente, é razoável que o intérprete crie o direito e a regra para o caso concreto (HEBERT, 2007).

São as conhecidas normas fundamentais derivadas, bem esclarecida por Alexy (2002) que servem para dirimir a ambiguidade da questão em controvérsia sobre o comando a ser seguido pela norma fundamental originária em direitos fundamentais negativos ou de defesa, ou direitos fundamentais positivos ou de prestações.

Segundo doutrina abalizada: "Ao contrário dos direitos, liberdades e garantias, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, todos ou quase todos, de normas legais concretizadoras ou conformadoras para atingirem as situações da vida." (MIRANDA, 2005). A quem cabe decidir aquilo que a Constituição não decidiu: legislador democrático ou tribunal?

Os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente da estirpe dos direitos sociais, econômicos ou culturais, mesmo com uma indeterminação no seu conteúdo não podem ser vistos como um mero apelo ao legislador. Ao contrário, como a possibilidade de participação dos tribunais no controle de constitucionalidade por ação ou por omissão (QUEIROZ, 2002)¹². Por isso, existe uma vinculação ao legislador, ao executor e ao julgador em relação à observância dos direitos fundamentais, seja quando façam restrições, seja quando se mantenham sem ação.

Em relação aos paradigmas acima citados de Constituição, indaga-se: O princípio democrático é aviltado? Qual modelo é o correto? O sentido das normas constitucionais caracterizada pela amplitude pode ser interpretada por um juiz em detrimento de um legislador? O Poder Judiciário diante dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do *non liquet* deverá proferir um julgamento, ou abster-se de decidir o mérito da causa com o argumento da ausência de pressupostos processuais (competência)? A competência deverá ficar a cargo dos cidadãos eleitores par que, no período eleitoral democrático, escolham um novo perfil de integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo? Diante das inúmeras Constituições "formuláticas" existentes, dentre elas a brasileira de 1988, é correto dizer que a jurisprudência é fonte do direito?

As perguntas alhures são intrigantes e sugerem uma reflexão. As conclusões não serão encontradas tão-somente na filosofia do direito, na hermenêutica, elas também estão umbilicalmente relacionadas com a sociologia e o rol extenso de direitos sociais, e isso não é o mesmo que atender a vontade da maioria ou da minoria da população.

Nesta perspectiva, legisladores e gestores, em meio às possibilidades econômicas dos Estados e o nível de confiança das sociedades, não podem restringir abruptamente direitos sociais diante dos princípios da reserva do possível em prol da proteção da confiança. Ademais, estes princípios devem ser utilizados e sopesados de maneiras diferentes em países como Alemanha, Portugal e Brasil, face às realidades jurídicas, políticas e sociais diferentes.

Dessa maneira, é preciso observar o grau de cultura, de educação, de saúde, de profissionalização, de transparência nas contas públicas, do patamar de impunidade seletiva nos crimes de corrupção contra o erário

¹² Os direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos por normas de estalão constitucional, dispõem de vinculatividade normativa geral. Não se apresentam como meros 'apelos ao legislador', 'programas' ou 'linhas de direção política'. Como normas constitucionais, apresentam-se como 'parâmetro de controle judicial' quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam. Por outro lado, o não cumprimento deles pode dar lugar à 'inconstitucionalidade por omissão'.

público, e da necessidade crescente de políticas assistencialistas com fins eleitoreiros e populistas de um povo, para que se possa medir o grau de atuação e legitimidade dos poderes da república.

Para Andrade (2008, p. 104), tal expressão, "reserva do possível" tem origem no Direito Alemão: "É proveniente de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que decidiu sobre a não obrigatoriedade do Estado oferecer vagas suficientes nas universidades públicas com o escopo de contemplar todos aqueles que se propusessem a preenchê-las."

No Estado Português, por exemplo, diante da grave crise econômica de alguns anos atrás, a discussão do princípio gira em torno nos cortes dos vencimentos de servidores públicos. Já no Estado Brasileiro o princípio da reserva do possível é anunciado em uma situação diária e ofensiva a direitos básicos de pessoas que morrem por falta de leitos hospitalares, por ineficiência na segurança pública e no sistema prisional; por falta de oportunidades na educação, por pagamentos de vencimentos de servidores públicos parcelados, etc., o que afeta a própria meritocracia em razão da restrita concorrência entre os interessados. Na Alemanha, diferentemente de Portugal e do Brasil, o princípio da reserva do possível é utilizado como argumento na negação de vagas em universidades públicas.

Por isso, não haverá uma resposta melhor ou pior, certa ou errada em como aplicar ou interpretar uma Constituição, e sim a sensibilidade de se enxergar que a ciência não possuirá sentido algum caso não esteja em sintonia com as concepções sociais, culturais e históricas de cada Estado, sob pena de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade na acepção material, e da "igualdade proporcional" - o alicerce material utilizado para um tratamento diferente na igualdade deve ser proporcional (RIBEIRO, 2014).

É preciso que haja uma segregação entre os valores tidos como fundamentais de um indivíduo e que prevalecerão contra o interesse público, daqueles que não são, pois isso definirá uma Constituição "formuláica" com natureza constitutiva ou prescritiva. Questiona-se: Os direitos sociais devem prevalecer sobre o interesse público em tempo de crise econômica? Em que categoria encontram-se os direitos sociais?

É indubitável que as Constituições Portuguesa e Brasileira, salvo mudanças futuras ou com o surgimento de uma nova ordem jurídica, cada qual com as suas peculiaridades, preveem a possibilidade do controle de constitucionalidade por parte de um órgão pertencente ou não ao Poder Judiciário encarregado dessa função, ou seja, o Estado-Juiz ou ministros escolhidos unicamente com a função de julgar matérias de índole constitucional poderão analisar se determinada lei está ou não de acordo com a Constituição (MIRANDA, 2012)¹³, sendo sua a última palavra. É notório, apesar de aparentar uma contradição, que tal situação ocasiona uma dialética com o princípio da soberania popular.

De resto, é preciso buscar a compreensão acerca dos limites que devem existir na atuação dos poderes estatais sem prejuízos à democracia, especificadamente, das legislações limitadoras de direitos sociais em tempo de crise econômica; da ausência ou falta de respeito do executivo às políticas públicas; e se o modelo constitucional cravado em regras e princípios é o mais adequado nos tempos atuais.

Na análise da Constituição entre um critério político e jurídico surge a figura de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, e a amplitude do conceito de democracia em uma versão pluralista e de representatividade entrelaçada com o estado de direito. É a perda de espaço de uma democracia amparada, única e exclusivamente, pela vontade da maioria, mas, sobretudo, da necessidade de se assegurar uma idêntica igualdade a todo e qualquer cidadão, o que se presume na obrigatoriedade de não ignorar as minorias e, principalmente, os direitos fundamentais.

4 O QUE É O NEOCONSTITUCIONALISMO? APLICAÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

O novo modelo da teoria jurídica vem transformando o direito através da denominação neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2008) que ganhou força nos julgamentos de Nuremberg, no período de

¹³ Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional não é maior nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática. Perspectiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela coletividade, da legitimação pelo procedimento e pelo consentimento. Como justificar o poder de um Tribunal Constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade), mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio da soberania do povo? [...].

1945-1946, e a humanidade percebeu que o direito necessariamente não é lei, o qual foi categorizado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, através de aspectos como a força normativa dos princípios jurídicos, a rejeição do formalismo, a Constitucionalização do direito e a irradiação de normas e valores constitucionais, em especial, os pertinentes aos direitos fundamentais em prol de todo o ordenamento jurídico.

É preciso ter a concepção de uma nova aproximação entre o direito e a moral, com a incidência da filosofia nos diálogos jurídicos. Diante dessa situação surge a judicialização da política e das relações sociais, o que desprende o poder do âmbito do legislativo e executivo para a instância judicial ou um Tribunal Constitucional.

A expressão neoconstitucionalismo, inserida no direito brasileiro, é fruto de obra desenvolvida pelo jurista mexicano Miguel Carbonell. O início da ideia do neoconstitucionalismo foi colocado em prática pela Europa no segundo pós-guerra mundial, e, em momentos posteriores, transportada para o Brasil, com o reforço da CRFB de 1988. Foi à mutação do modelo estritamente legalista para a visão normativa da Constituição, e o fortalecimento da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais, ainda que sem a vontade da maioria política eleita.

Por obviedade, as Constituições passaram a ser caracterizadas por uma indeterminação semântica formadas, principalmente, por princípios, tendo acarretado uma nova técnica interpretativa, como um plus ao modelo clássico subsuntivo (STAMATIS, 1995)¹⁴. É o período do pluralismo valorativo, muitas vezes, com a colidência de princípios e a utilização da ponderação e do princípio da proporcionalidade na seara judicial. Foi o desenvolvimento da política no poder judiciário, com questionamentos delicados da sociedade, comumente sendo levados ao Estado-juiz ou a um Tribunal Constitucional.

Com o neoconstitucionalismo, o positivismo formalista e a discricionariedade política do intérprete em *hard cases* passou a dar espaço à teoria da argumentação, racional e intersubjetivamente dominada pela resposta mais adequada aos casos difíceis trazidos pelo direito (DWORKIN, 1977; ALEXY, 2007). Assim, segundo o neoconstitucionalismo, a racionalidade ou a razoabilidade podem trazer o direito e a realização da justiça através de princípios constitucionais eivados da moral. É o positivismo inclusivo.

No neoconstitucionalismo o ponto central, como protagonista principal, é o magistrado, sendo a via jurídica emancipadora dos interesses de toda a coletividade, e não subserviente aos interesses dos grupos, mais favorecidos, o que denota a consagração, em diversas dimensões, de direitos fundamentais individuais, políticos, sociais e difusos com aplicabilidade imediata. Todo esse arcabouço foi importante, não só para a consolidação do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público. É a figura da filtragem constitucional do direito (SCHIER, 1999).

O pós-positivismo foi essencial na transformação revolucionária da Constituição de uma mera promessa para uma norma jurídica, como também efetivou a incidência direta do Texto Constitucional sobre o plano social, sem que fosse preciso esperar a vontade legislativa para consagração de direitos previstos na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Em Portugal, *verbis gratia*, a força marcante do novo constitucionalismo, surgiu com o fim da experiência autoritária. O próprio Canotilho reviu o seu pensamento sobre a figura da Constituição Dirigente (CANOTILHO, 1994).

Parcela da doutrina (SARMENTO, 2012)¹⁵ faz uma diferenciação entre a efetividade e o pós-positivismo constitucional, trazendo o primeiro a ideia de constituição como norma e sua aplicação independente de

¹⁴ A segunda guerra mundial acelerou o processo duvidoso da eficácia do formalismo jurídico, e a necessidade de um documento axiológico acima da lei.

¹⁵ Uma outra banda da doutrina entende que pós-positivismo ou neoconstitucionalismo são expressões sinônimas devendo haver um limite de atuação do Poder Judiciário, nos seguintes termos: “[...] Porém, há aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar. Outra crítica endereçada ao neoconstitucionalismo é a de que, na sua ênfase na aplicação dos princípios constitucionais e na ponderação, em detrimento das regras e da subsunção, ele tenderia a instaurar certa anarquia metodológica, alimentando o decisionismo judicial e gerando insegurança jurídica. Ademais, há também a preocupação de que excessos de constitucionalização do direito possam revelar-se antidemocrático, por reduzirem em demasia o espaço para a decisão das maiorias políticas de cada momento. Afinal, se tudo ou quase tudo já estiver decidido pela constituição, sendo o legislador nada mais que um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, a autonomia política do povo para, em cada momento de sua história, realizar as suas próprias escolhas, restará seriamente ameaçada. [...] Estas objeções são importantes e devem ser levadas a sério. Concepções radiais do

atuação do legislador ordinário, o que ainda não seria um neoconstitucionalismo propriamente dito, o segundo momento seria a utilização da técnica da ponderação de interesses, do princípio da proporcionalidade e a validade de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2015). A junção desses dois elementos foi imprescindível na alteração interpretativista positivista para um novo modelo linguístico com raiz na filosofia política constitucional (GRAU, 1996).

É notória a posição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em relação aos direitos sociais e às normas programáticas. Segundo Sarmento:

[...] são exemplos eloquentes a alteração de posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como ‘normas programáticas’, e hoje submetidas a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica Kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao ‘legislador negativo’, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF [...]. (SARMENTO, 2008, p. 10)

Acríticas surgem ao neoconstitucionalismo, entre elas, ser antidemocrático, prevalência de princípios e ponderações em detrimento de regras e subsunções, e a panconstitucionalização do direito em detrimento das autonomias públicas e privadas dos cidadãos (ÁVILA, 2009)¹⁶, as quais não podem ser vistas com absolutismos, sob pena de inviabilizar, no modelo das sociedades atuais, o sistema garantidor de direitos fundamentais. É preciso diferenciar corretamente o decisionismo judicial e a insegurança jurídica, da jurisdição constitucional e a base da teoria atual da separação de poderes.

A excessiva constitucionalização do direito não pode ser considerada antidemocrática por diminuir consideravelmente o espaço das maiorias políticas de cada época decidirem, pela simples razão de ser respeitada a vontade do constituinte originário, daí o legislador não pode ser taxado de um mero executor das medidas constitucionais existentes, por extensão, a autonomia política do povo mantém-se íntegra. O que o legislador precisa é exercer de maneira atuante a sua função típica, e não aguardar o judiciário, ou ficar em estado de subserviência ao executivo.

Passando para os princípios e regras, a partir das obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1985), na discussão contemporânea da teoria do direito, o conceito de norma jurídica foi alargado para duas espécies: regras e princípios. O ponto “x” da situação é fazer a conceituação e a distinção dos institutos regras e princípios, no sentido de que a relação das mesmas é de espécie e não de gênero.

Deve-se destacar a utilidade dos princípios e regras na solução e reconstrução de situações práticas da vida cotidiana com a estrutura das normas de direito fundamental. A posição prevalente da diferenciação entre princípio e regra é aquela que traz uma distinção “forte” defendida por Dworkin e Alexy (ALEXY, 2012)¹⁷, indo de encontro a uma distinção “fraca” (ATIENZA; MANERO, 2004)¹⁸, ou daqueles que não visualizam qualquer distinção.

A ideia de Dworkin foi contrapor-se ao positivismo proposto por Hart, este último, defendia a formação de um sistema jurídico construído unicamente por regras, sem uma preocupação na resolução dos casos difíceis (*hard cases*). O jurista americano Dworkin tem sua crítica fundada nas situações em que não há uma

neoconstitucionalismo, que endossam a opção por um “governo dos juízes” ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo [...]”.

¹⁶ Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido, que o neoconstitucionalismo [...] possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”) [...].”

¹⁷ O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras têm o caráter de mandados definitivos”

¹⁸ Os Juristas Espanhóis Manuel Atienza e Juan Manero mencionam a teoria “forte”, contudo efetuam críticas à Alexy na sua tese de ver os princípios como mandamentos de otimização.

regra a ser aplicada a um caso concreto, ou por ser a mesma indeterminada, daí deve ser proferida uma decisão discricionária, com uma solução nova para o caso concreto (DWORKIN, 2002).

É inquestionável que Dworkin (2002), diferentemente de Hart, passou a ver o sistema jurídico formado por regras e princípios, e, por lógica, em situações de ausência de regras ou delas serem formadas por conteúdo indeterminados, o Estado-juiz, ao invés de valer-se de uma decisão extremamente discricionária que beira a arbitrariedade, pautar-se-à em decidir através de princípios jurídicos.

E o que distingue a regra do princípio? Para o autor citado, as regras encontram-se na expressão “tudo-ou-nada” em uma dimensão de validade, ou seja: sendo a regra válida suas consequências jurídicas são cogentes. Em sentido inverso, não haverá consequências jurídicas e as regras não serão aplicadas, pois não existe “meio termo” para as regras. Os princípios são aplicados como justificativas a serem tomadas por uma decisão, e não têm a estrutura disjuntiva das regras, apesar de possuírem a peculiaridade da dimensão do peso de um princípio em relação a outro em uma colidência de um caso concreto, isto é, um princípio prevalecerá sobre o outro, o que não significa de ter sido o princípio preterido excluído do sistema jurídico, isso porque em outra situação específica, o princípio antes preterido, pode ser o agora aplicado. Por isso, o critério das regras é o de validade ou invalidade, salvo se haja alguma exceção por parte delas, enquanto os princípios são trabalhados no peso.

Partindo para o pensamento de Alexy há uma definição mais rigorosa de princípios e regras do que aquelas explicitadas por Dworkin. Apesar de entender que princípios e regras são espécies do gênero norma, e de que a diferença entre elas é no aspecto qualitativo e não de grau, Alexy desenvolveu uma teoria acerca dos princípios como mandamentos de otimização.

Alexy fez críticas em alguns aspectos do pensamento de Dworkin, em especial, na regra do “tudo-ou-nada” (ALEXY, 2012)¹⁹, pois entendeu não ser possível listar todas as exceções a uma regra, eis que é impossível que o ser humano, em um determinado momento histórico, possa prever toda e qualquer situação de vida em sociedade. Seguindo o raciocínio, Alexy ainda afirma que se fosse possível o conhecimento de todas as exceções às regras, tal lógica deveria ser aplicada aos princípios, e, desse modo, a diferenciação entre princípios e regras seria de grau e não de estrutura lógica.

Segundo Alexy, concordando e aperfeiçoando as ideias de Dworkin, os princípios, como um mandamento de otimização, devem ser desenvolvidos na maior medida possível e no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002). Sendo assim, a satisfação dos princípios não depende somente do que é possível faticamente, mas também do que é possível juridicamente; enquanto a regra deve fazer com exatidão o que nela está prescrito, daí o grau do princípio é de satisfação variável e a da regra é um grau de satisfação fixo.

Os críticos de Dworkin e Alexy (2012)²⁰, afirmam que a diferenciação “forte” entre regras e princípios é frágil, isso porque existem regras inerentes a um caso concreto que são aplicadas pela ponderação, típica dos princípios, e não do formato “tudo-ou-nada”, o que não haverá distinção entre princípios e regras como espécie de normas, apenas serão utilizadas de diferentes maneiras em cada situação (ÁVILA, 2007, p. 40-64)²¹.

¹⁹ [...] é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* [...] Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem de extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas [...] Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo – ou – nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão [...].

²⁰ [...] Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas [...].

[...] Princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos [...] O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como políticas [...].

Por esse ângulo, as regras e princípios fazem parte dos fenômenos deônticos ou normativos e não entram na categoria axiológica.

Para a compreensão da jurisdição constitucional é primordial o retorno do ideal de Alexy (2012) através do procedimento racional de ver os princípios como mandamentos de otimização através da ponderação e, por sua vez, as regras como algo definitivo, apesar da possibilidade conflituosa no instante em que há uma razão excludente ou uma cláusula de exceção que prevalecerá sobre um princípio.

A Constituição da República Federativa Brasileira garante a vida digna e proíbe a pena de morte, com exceção da declaração de estado de guerra, sendo perceptível que princípios como o da dignidade da pessoa humana, na situação específica, não prevalecerá sobre a regra constitucional originária²². Igualmente, de maneira excepcional, um princípio, em um conflito, poderá prevalecer sobre uma regra constitucional quando se estiver diante de um princípio substantivo justificador da mesma, o que, na prática, seria um conflito entre princípios. Essa última solução é bastante delicada e geradora de insegurança jurídica por trazer um aumento da liberdade do aplicador do direito para decidir, inclusive desconsiderando uma regra legal ou constitucional derivada válida (ALEXY, 2002).

No caso, do legislador criar uma regra não constitucional presume ter sido oriunda de um anterior sopesamento de princípios constitucionais, o que, em tese, não caberia a atuação da jurisdição constitucional, por intermédio de princípios, para desconsiderar a regra. Entretanto, não se tem a certeza que o legislador estará com boas intenções e se a função legislativa tenha sido exercida de maneira constitucional, por isso da importância, da prudência do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Constitucional com a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou, em alguns casos, a ponderação judicial (XIMENES, 2012)²³.

O que não pode haver é o Estado-juiz desconsiderar uma regra legal ou constitucional derivada restritiva de direitos fundamentais, com fundamento em princípios jurídicos para atender vontades pessoais. Isso seria um ativismo judicial desastroso, uma ditadura judicial, uma ofensa à teoria da separação de poderes. O judiciário possuirá dois caminhos: decide pela constitucionalidade da regra legal ou constitucional derivada e faz a sua aplicação por subsunção, ou decide por sua inconstitucionalidade por ação não aplicando a regra no caso concreto, salvo em países, como o Brasil, que também adotam a inconstitucionalidade por omissão, na qual o Estado-juiz, através da ponderação, criará o direito, como um verdadeiro legislador positivo (BUSTAMANTE, 2005).

À vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete de normas de linguagem elástica, na sua valoração, não pode escolher arbitrariamente um dos lados, utilizando-se de valores morais e políticos próprios, já que não há hierarquia entre normas constitucionais, e sim, argumentativamente, no caso concreto, pela ponderação e uso de proporcionalidade definir a saída, no caso específico, mais condizente com a Constituição (BARROSO, 2016).

A ideia básica e acertada de Alexy (2006, p. 117 - 118)²⁴, portanto, entre princípios e regras é a de que estas são aplicadas via subsunção, e aqueles são objetos de sopesamento (Alexy, 2006, p. 95 - 96)²⁵. Está claro

²² Art. 5º, XLVII, da Constituição Federal "XLVII- Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

²³ [...] Ao juiz cabe interpretar de acordo com os princípios, haja vista que o legislador assim o permite quando utiliza noções de conteúdo variável. Enquanto as regras conseguem determinar como proceder em casos específicos, o juiz poderá não ter problemas, mas e para os casos difíceis? A legislação não abrange todas as situações possíveis, todas as dúvidas suscetíveis de serem questionadas. [...]. Ao juiz caberá adaptar a legislação que tem ao seu alcance ao caso concreto, considerando uma série de fatores que não necessariamente positivados [...]"

²⁴ [...] Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência do sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas [...]. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas.

²⁵ [...] O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas

que a criação e a sua aplicação dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. Apesar de a comunidade jurídica conservadora invocar a diferença entre direito e política, o que é correto, não se pode deixar de mencionar que eles se complementam.

5 CONCLUSÃO

No novo direito constitucional brasileiro é preciso se debruçar sobre algumas das principais transformações que, desde a redemocratização, guiaram o direito constitucional brasileiro, em especial, a conquista de normatividade e efetividade pela Constituição, o desenvolvimento de princípios específicos de interpretação constitucional, a ascensão política do Poder Judiciário, e o reconhecimento da dignidade humana como o centro do nosso sistema normativo.

Para que haja a correta aplicação do sistema de freios e contrapesos no ideal moderno da teoria da separação de poderes é preciso compreender que o Estado-Legislação não possui uma discricionariedade absoluta sobre o conteúdo dos seus atos normativos, sendo o Poder Judiciário, um terceiro estranho ao processo de criação da lei, legitimado para conferir a última palavra em matéria de direitos fundamentais.

Assim, é a jurisprudência, também, fonte imediata do direito, acarretando o avanço da justiça constitucional sobre o campo da política majoritária realizada no domínio do Legislativo. Denota, assim, a fluidez da fronteira entre a política, o social e a justiça no mundo contemporâneo pela implantação da constitucionalização de direitos e uma mudança nos paradigmas do conceito de democracia como vontade da maioria.

Na percepção da Constituição como norma jurídica com a aplicação de princípios constitucionais, pode-se elencar alguns casos em que demonstram que o STF tem conseguido avanços em matérias de direitos fundamentais. É o caso do reconhecimento da constitucionalidade de ações afirmativas em concursos públicos (ADC nº 41), da equiparação entre companheiro e cônjuge para fins de sucessão hereditária (Recurso Extraordinário nº 878.694), e do reconhecimento do direito de transgêneros à substituição do prenome e sexo em seu registro civil (ADI nº 4.275).

A controvérsia posta na ADI nº 3.510 a que se refere à constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que autorizava pesquisas com células-tronco embrionárias congeladas há mais de três anos, após a autorização de seus genitores. Neste caso, houve a defesa junto ao STF da fixação dos contornos da proteção constitucional do direito à vida, agora em contraposição à liberdade científica e aos interesses de pesquisadores e pacientes de alcançar a cura de doenças através dessa linha de pesquisa. O resultado foi a declaração de constitucionalidade da lei, consolidando o entendimento de que um embrião congelado e sem perspectiva de implantação em útero materno não constituiria vida para fins constitucionais.

A ADC nº 12 pela qual a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB postulou o reconhecimento da constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que vedara a prática do nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário. O principal debate do caso envolveu a determinação e o alcance do princípio da legalidade, uma vez que os opositores da norma não poderiam defender, sem grande desconforto e constrangimento, a validade da prática do nepotismo. Em seu lugar, advogavam que a restrição à possibilidade de contratação de pessoal em função gratificada ou cargo de confiança dependeria da edição de lei formal e não poderia ser instituída mediante ato normativo secundário. Por ampla maioria, o Supremo entendeu que a regra proibitiva do nepotismo é extraída diretamente dos princípios da moralidade e da impessoalidade, expressamente previstos na Constituição de 88. A Corte então editou a Súmula Vinculante nº 13, que proibiu o nepotismo em todos os Poderes e esferas estatais.

Na ADPF nº 132, julgada em conjunto com a ADI nº 1420 fora fixada a igualdade de tratamento entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis em que nenhum princípio ou valor protegidos pela Constituição são promovidos através do não reconhecimento das uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo. Muito pelo contrário: a recusa estatal de conferir a mesma dignidade às uniões hétero e homoafetivas viola o núcleo essencial do princípio da igualdade, do direito à liberdade, consubstanciado na autonomia privada dos indivíduos, e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, nas lições de Britto (2008), a Constituição, inaugurando o ordenamento, ocupa uma posição de centralidade no ordenamento jurídico, por isso ser chamada de Lei Fundamental, sendo ela a primeira e

consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária. [...].

superior voz do Direito aos ouvidos da população. Sendo assim, tudo gravita na órbita da Constituição, mas no seu próprio âmbito há uma centralidade que é preenchida pelos princípios (ocupa posição de centralidade). Os princípios que encerram os valores que mais dão significado à vida de cada um de nós e da sociedade por inteiro. Os princípios, hoje, são mais do que normas: são supernormas e conferem à Constituição aquilo que Konrad Hesse chama de força ativa. É como dizer: a força normativa da Constituição arranca, decola dos princípios que a vitalizam por excelência, mais do que das regras ou preceitos nela contidos.

Resta clarividente, a importância dos princípios constitucionais, sua humanização, na solução de inúmeros problemas sociais fundamentais que assolam uma comunidade e são judicializados por envolverem questões constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, F. G. **Direitos sociais e concretização judicial**: limites e possibilidades. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ALEXY, R. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, R. **A Theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARANTES, R. B. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. **Sistema político brasileiro**: uma introdução. São Paulo: UNESP, 2004.

ÁVILA, H. B. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009.

BARBOSA, R. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade das normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista eletrônica do conselho federal da OAB**, n. 4, jan./fev. 2009.

BARROSO, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições da filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BUSTAMANTE, T. R. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRITTO, C. A. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de Direitos Fundamentais e os avanços da Constituição 1988. *In*: CONFERÊNCIA DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL, 6., 2008, Brasília. **Anais** [...]. Brasília: OAB/DF, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 1982. 539 p. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, M. **O controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 1992.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo, 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA JUNIOR, D. O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008. **Revista Bonijuris**, v. 23, p. 23-27, 2011.

CYRINO, A. R. Revolução na Inglaterra: Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis: novel espécie de judicial review?. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, n. 5. p. 35-37, 2006.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

DWORKIN, R. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ENTERRÍA, E. G. **Lá Constitución como norma y El Tribunal Constitucional**. Madri: S.L. Civitas ediciones, 2006.

FERREIRA FILHO, M. G. Inovações na constituição inglesa: o human rights act, 1998. **Revista brasileira de direito constitucional**, São Paulo, n. 4, p. 49-55, jul./dez. 2004.

GARAPON, A. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 88: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora Russel, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBS, T. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HUMAN RIGHTS ACT. **1998 Chapter 42**. Disponível em: www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf. Acesso em 06 abr. 2021.

JULIOS-CAMPUZANO, A. **Constitucionalismo em tempo de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

- LEIBERMAN, J. K. **The Litigious Society**. Nova Iorque: Basic Books, 1981.
- LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de E. Jaci Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MADISON J. **The Debates in the Federal Convention of 1787 which Framed the Constitution of the United States of America**. vol. 2, eds. Gaillard Hunt and James B. Scott. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1987.
- MIRANDA, J. **Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: GARCIA, E. (coord.). *Discrecionalidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.
- MICHELET, J. **O povo**. São Paulo: Martins Fontes. 1988.
- NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional**: Em estado de direito democrático. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.
- NOVAIS, J. R. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- NOVAIS, J. R. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.
- OLIVEIRA, U. M. **Ativismo Judicial: Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial Processual**. In: OLIVEIRA, U. M.; ANJOS, L. F. (coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.
- OTERO, P. **A democracia totalitária**: do estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: Príncípia, 2001.
- QUEIROZ, C. M. **Direitos Fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002.
- RIBEIRO, G. A. O constitucionalismo dos princípios. In: COUTINHO, L. P.; RIBEIRO, G. de A. **O tribunal constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.
- RIBEIRO, G. A.; COUTINHO, L. P. **O tribunal constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.
- SANT'ANNA, L. F. B. de. **Judiciário como Guardião da Constituição**: Democracia ou Guardiania? Rio de Janeiro: Lumen júris, 2014.
- SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Panóptica**, n. 4, p. 13, dez. 2006.
- SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA Neto, C. P.; SARMENTO, D. (org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W. (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.
- STAMATIS, C. M. **Argumenter en Droit**: Une théorie critique de l'argumentation juridique. Paris: Publisud, 1995.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SCHIER, P. R. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SOUZA NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIEIRA, O. V. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, O. V. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VEJA, edição 2448. São Paulo: Editora Abril, 2015.

WOODHOUSE, D. The Constitutional Reform Act 2005 – defending judicial independence the English Way. **International Journal of constitutional Law**, v. 5, n. 1, p. 153-165, 2007.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.