

## **Análise teórica e prática do neoconstitucionalismo**

Andréa Letícia Carvalho Guimarães- Pós-graduanda da Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. <sup>1</sup>

**RESUMO:** O constitucionalismo contemporâneo tem se definido a partir do final da Segunda Guerra Mundial, momento em que houve uma imensa redefinição de valores e idéias no cenário mundial, o que contribuiu conseqüentemente, para uma transformação na estrutura das constituições e do Direito Constitucional influenciando toda a sociedade. A principal mudança refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional, que não é mais um texto que serve de orientação para o Estado, mas sim um arcabouço normativo que determina uma efetiva atuação estatal, irradiando as suas normas por todo o ordenamento jurídico. O trabalho buscou elaborar uma análise científica, através do método dedutivo de pesquisa, sobre o neoconstitucionalismo, seu surgimento, conceituação, características, implicações no contexto jurídico brasileiro, problemáticas e críticas. E como forma de aplicação da teoria à prática, analisou-se alguns casos concretos, em que fosse possível identificar as características desta teoria, e as implicações desses estudos na compreensão do ordenamento jurídico, principalmente, no que concerne à nova hermenêutica constitucional. Os casos concretos observados foram os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADPF 45, que debateu a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas; ADPF 144, em que se pleiteava a possibilidade de impugnação, por juízes eleitorais, da candidatura de políticos que tivessem contra eles algum processo judicial ou administrativo sem trânsito em julgado e a STA 175 em que a União, e o Município de Fortaleza, recorreram da decisão proferida pelo TRF da 5ª Região, que determinava o fornecimento de medicamento para pessoa sem recursos financeiros.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais. Hermenêutica constitucional.

### **ABSTRACT**

The contemporary constitutionalism has been defined from the end of World War II, time when there was a massive redefinition of values and ideas on the world stage, which contributes, consequently, for a transformation in the structure of constitutions and constitutional law influencing the whole society. The main change concerns the role played by constitutional text, that is no longer a text that serves as a guideline for the state, but a normative framework that provides an effective state action, radiating its standards throughout the legal system. Constitutions, to incorporate certain principles (human dignity, social solidarity) to positive law, established a necessary relationship

---

<sup>1</sup> Discente da Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, pesquisadora de Iniciação Científica com bolsa financiada pela FAPEMIG, membro do Grupo de Pesquisa "Poder Judiciário e Teorias contemporâneas do Direito" (UFU-CNPq) e "Democracia e Transição Política" (UFU-CNPq). E-mail: dedea\_58@hotmail.com. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0440751393147035>.

between law and morality, resuming the center of discussions legal philosopher. In the meantime, these transformations, demanded the necessity of creating a theory to describe, understand and better operationalize the effective application of normative constitutional materials. This theory can be identified as neoconstitutionalism that had great repercussion in the Dogmatic Constitution, which makes it indispensable to its study to a real understanding of contemporary legal systems, especially the Brazilian. The work sought to develop a scientific analysis, using the deductive method of research on the neoconstitutionalism its appearance, concepts, characteristics, implications for the Brazilian legal context, problems and criticism. And as a way of applying theory to practice, we analyzed some specific cases in which it was possible to identify the characteristics of this theory, and implications of these studies in understanding the legal system, especially regarding the new constitutional hermeneutics. The cases observed will be judged following the Federal Supreme Court: ADPF 45, which discussed the constitutional legitimacy of control and intervention of the Judiciary on the subject of public policy; ADPF 144, which pleaded the possibility of challenge by election judges, the candidacy of politicians who were against them any judicial or administrative process without *no res judicata* and STA 175 in the Union, and the city of Fortaleza, appealed against the decision of the TRF of the 5th Region, which determined the supply of medicine for people without financial resources. It is observed that the neoconstitutionalism appoint a new constitutional period. This time, the purpose of the study in stanchion is not just to fill requirement for the completion of the course of law, but also to raise debate on this issue which is very relevant in contemporary society.

**Keywords: Neoconstitutionalism. Constitution. Fundamental rights. Hermeneutics constitutional.**

## INTRODUÇÃO

O vocábulo *neoconstitucionalismo* tem sido utilizado, principalmente pelas doutrinas ibérica e italiana, para destacar as relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da segunda guerra mundial. Estas transformações não tiveram lugar apenas na dimensão histórico-positiva de inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais, repercutindo, também, sobre o estilo e os pressupostos metodológicos e filosóficos assumidos pela doutrina jurídica em suas reflexões sobre os direitos fundamentais, a democracia e a legitimação do texto constitucional.

O neoconstitucionalismo é mencionado pela doutrina jurídica em diferentes sentidos. Assim, pode referir-se a uma nova concepção sobre o Estado de Direito, uma proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia ou filosofia política aplicada ao Direito ou, ainda, em um sentido amplo, uma filosofia jurídica que estuda questões

conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista (SANCHIS, 2003, p.101-102).

O artigo pretende analisar o neoconstitucionalismo tanto do ponto de vista teórico como prático, observando a presença das suas características no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, far-se-á uma análise de casos concretos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, e buscará verificar a viabilidade da aplicação desse novo paradigma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Os casos concretos observados foram os seguintes julgados do STF: a STA 175 em que a União, e o Município de Fortaleza, recorreram da decisão proferida pelo TRF da 5ª Região, que determinava o fornecimento de medicamento em favor da pessoa que pleiteava a presente questão; ADPF 45, que debateu a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas e ADPF 144, em que se pleiteava a possibilidade de impugnação, por juízes eleitorais, da candidatura de políticos que tivessem contra eles algum processo seja judicial ou administrativo que não tenham transitado em julgado.

Almeja-se, assim, apresentar e sistematizar os principais fundamentos metodológicos e filosóficos do *neoconstitucionalismo* com apoio das diversas teses teóricas sobre o tema e, também de algumas decisões da Corte constitucional brasileira.

## **1 Uma breve noção acerca do neoconstitucionalismo**

O constitucionalismo contemporâneo tem se definido nos últimos cinquenta anos, em especial, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, momento em que houve uma imensa redefinição de valores e idéias no cenário mundial, o que contribuiu, conseqüentemente, para uma transformação na estrutura das Constituições e do direito constitucional influenciando toda a sociedade.

A Constituição alemã de 1949 (Constituição de Weimar) foi à principal referência no desenvolvimento desse novo paradigma constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, responsável pela travessia do Estado brasileiro autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, apresenta-se o neoconstitucionalismo, que do ponto de vista teórico, propõe-se descrever as mudanças ocorridas nos sistemas jurídicos contemporâneos. Este novo paradigma constitucional tem como alicerces a configuração de uma Constituição “aberta”; máxima eficácia dos direitos fundamentais; a forte presença dos princípios e dos valores; e novas formas de se interpretar as normas jurídicas, com o uso da ponderação, da argumentação jurídica e dos postulados normativos.

No plano teórico, três grandes transformações modificaram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, pois como bem pontua Luis Roberto Barroso há um reconhecimento da força normativa da Constituição; há uma expansão da jurisdição constitucional; e desenvolve-se uma nova hermenêutica constitucional, com perspectivas diferentes de se interpretar as normas constitucionais (BARROSO, 2007).

Justifica-se, ainda, o neoconstitucionalismo ante a tormentosa complexidade das relações sociais atuais como, também, diante da proeminência do princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe reconhecer que este princípio tornou-se o centro do catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor, em pleno terceiro milênio, ofertam solenemente aos indivíduos e à coletividade. Vale ressaltar que este princípio é apenas um norteador do neoconstitucionalismo, e não a sua causa principal, como considera alguns autores.

Ademais, ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante no conteúdo da Constituição; tal diploma tratava-se apenas de um documento político que se direcionava mais aos Poderes Públicos, principalmente, ao Poder Legislativo.

## **2 MATERIAIS E MÉTODOS**

A pesquisa foi feita através de análise da jurisprudência nacional e das doutrinas (nacional e estrangeira), atendendo também ao método dedutivo de pesquisa bibliográfica a fim de se alcançar uma execução satisfatória do plano de trabalho.

Adotou-se a pesquisa doutrinária, com o intuito de apreender as concepções teóricas a respeito do tema. A seleção do material bibliográfico utilizado ocorreu após a leitura prévia de algumas obras, notadamente as que analisavam mais profundamente o

tema e que possuam, de forma reconhecida, maior repercussão e qualidade na seara da literatura jurídica.

O método utilizado para este tipo de pesquisa foi o dedutivo, ou seja, a partir dos conceitos e proposições trazidas pelos textos selecionados é que se deu início à discussão do tema, para que fossem alcançados resultados e conclusões satisfatórias.

Além disso, a abordagem metodológica do artigo pretende analisar a parte teórica do neoconstitucionalismo e, logo, fazer um contraponto com uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na **ADPF 45 e ADPF 144/DF**.

As referidas decisões foram escolhidas por apresentarem notadamente influências do neoconstitucionalismo e verifica-se, nestes casos, o atual papel institucional desempenhado atualmente pelo STF, tendo em vista o seu maior “ativismo” em recentes decisões, especialmente, no que se refere à interferência nas políticas públicas do Estado e nas interferências nas regras do jogo democrático.

### **3 DISCUSSÃO**

O neoconstitucionalismo possui um duplo significado em regra olvidado pela doutrina: em uma primeira acepção, tal expressão destaca alguns elementos estruturais dos sistemas jurídico-constitucionais típicos do período histórico posterior ao término da segunda grande guerra, que são descritos pelo neoconstitucionalismo enquanto uma nova *teoria geral* atenta para as transformações *empíricas* decorrentes do fato da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Esta primeira acepção ressalta o elemento descritivo ou empírico da teoria neoconstitucionalista e, neste âmbito, há um relativo consenso entre pós-positivistas e positivistas no que se refere à identificação das principais transformações históricas, dogmáticas e institucionais verificadas no Direito Constitucional contemporâneo em inúmeros sistemas jurídicos, inclusive no Brasil, que, ao longo das últimas décadas, passaram a irradiar os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (PULIDO, 2006). Ambos os posicionamentos identificam transformações significativas em uma ordem jurídica “impregnada” pela supremacia e pela eficácia “expansiva” das normas constitucionais que condicionam, por sua vez, a passagem de um paradigma jurídico

centrado no conceito *legalista* de Estado de Direito para um novo paradigma articulado em torno da idéia de um Estado *constitucional* de Direito.

Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo designa, à semelhança da tradicional classificação do positivismo jurídico elaborada por Norberto Bobbio, (*a*) um método de análise do direito, (*b*) uma teoria do direito e (*c*) uma ideologia do direito (BOBBIO, 1995, p.134). Neste sentido, o neoconstitucionalismo em sua dimensão *normativa* ou *prescritiva* refere-se a uma metodologia e uma ideologia do direito que constituem uma alternativa ao positivismo jurídico.

### **3.1 A constitucionalização do ordenamento jurídico: a dimensão descritiva do neoconstitucionalismo.**

Riccardo Guastini, em importante ensaio, cuidou de abordar descritivamente o fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, definindo-o como “um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais (GUASTINI, 2003, p.49)”. Um sistema jurídico *constitucionalizado* caracteriza-se pela existência de uma Constituição “invasora”, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica. O ordenamento jurídico encontra-se, segundo tal definição, “impregnado” pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos do Direito, sejam eles de direito público ou privado. Embora centrado no estudo do caso constitucional italiano, suas conclusões são igualmente pertinentes para a análise do fenômeno no Brasil.

O conceito de “constitucionalização” é, por sua vez, gradativo, no sentido de que a implementação parcial ou integral das condições necessárias para a sua realização dá-se segundo um processo histórico que pode ser mais ou menos longo e cambiante de acordo com o sistema jurídico estudado. Riccardo Guastini enumera uma lista contendo sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser considerado “impregnado” pela normativa constitucional, que são, em breve síntese, os seguintes:

(1) a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um *quorum* qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais. A Constituição pode eventualmente conter cláusulas dotadas de

intangibilidade (ou cláusulas *superconstitucionais*) frente às deliberações do poder constituinte reformador, constituindo uma espécie de *super-rigidez* constitucional, normalmente para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e de princípios estruturais do Estado Democrático de Direito;

(2) a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição mediante a previsão de alguma modalidade (ou de várias) de controle de constitucionalidade das leis;

(3) o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, que defende a idéia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico. Esta condição diz respeito à *ideologia* difundida na cultura jurídica de um determinado país, não guardando relação com a estrutura do ordenamento jurídico. A Constituição é vista como um documento jurídico, dotado de efetividade e, conseqüentemente, incompatível com a vetusta idéia – típica do constitucionalismo europeu anterior ao término da segunda grande guerra – de que suas normas não constituem mais do que um “manifesto político”, cuja concretização constituiria uma tarefa deixada ao julgamento de conveniência e oportunidade do legislador ordinário;

(4) a idéia de “sobreinterpretação” do texto constitucional: uma Constituição é sobreinterpretada quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de direito constitucional. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todas as normas jurídicas: neste sentido, podemos afirmar que toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Em suma, as normas constitucionais passam a constituir um “filtro” ou “lente” através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas. A Constituição condiciona, tanto negativa quanto positivamente, o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário.

(5) a aplicação *direta* das normas constitucionais: esta condição encontra-se intimamente relacionada com a idéia de força normativa da Constituição. Toda norma constitucional é norma jurídica e, portanto, dotada de imperatividade e suscetível de produzir, em graus diversos, efeitos jurídicos imediatos.

(6) a interpretação das leis conforme à Constituição, enquanto uma técnica de interpretação das leis à luz das normas constitucionais com o objetivo de manter-lhes a validade jurídica.

(7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta condição cuida do fenômeno da *judicialização da política*, segundo o qual certos conflitos de natureza eminentemente política ou envolvendo temas morais profundamente controversos, bastante freqüentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais.

Riccardo Guastini destaca que as condições (1) e (2) são necessárias para o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, enquanto as condições (3) a (7), quando implementadas, conferem um grau distinto – mais ou menos intenso – de constitucionalização do direito. As condições (3), (4) e (5) encontram-se, por sua vez, intimamente relacionadas.

No Brasil, o processo de ascensão do Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico operou-se a partir da consagração da doutrina da efetividade que, consoante Luís Roberto Barroso, “consolidou-se (...) como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e da superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição (BARROSO, 2004)”.

A doutrina da efetividade consolidou-se, enquanto teoria e prática jurídicas, após o marco histórico da promulgação da Constituição de 1988, promovendo três importantes mudanças no paradigma do Direito Constitucional pátrio até então em vigor: em primeiro lugar, no *plano jurídico*, a doutrina da efetividade atribuiu força normativa ao texto constitucional, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e de obrigações; em segundo, no *plano científico*, reconheceu ao Direito Constitucional um objeto autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. Por último, sob o *aspecto institucional*, a doutrina da efetividade contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no país, conferindo-lhe um papel de grande relevo na salvaguarda e concretização dos valores, princípios e regras previstos pela Constituição.

A importância da doutrina da efetividade para a ascensão teórica e prática do Direito Constitucional é indiscutível, tendo em vista que “em menos de uma geração, o Direito Constitucional brasileiro passou da desimportância ao apogeu, tornando-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico (BARROSO, 2004)”. A atual discussão filosófica, que privilegia a “convivência do plano da eficácia ou efetividade com o da legitimação, justificação ou fundamentação (TORRES, 2002, p.3)”, adota como um *background* de convicções compartilhadas as transformações

supramencionadas promovidas pela doutrina da efetividade na teoria e na prática do Direito Constitucional pátrio.

### **3.2 O neoconstitucionalismo em sua dimensão normativa e a contribuição teórica de Robert Alexy.**

Analisaremos, neste momento, o neoconstitucionalismo destacando a contribuição teórica de Robert Alexy. Em razão de seu relacionamento crítico com o paradigma positivista, distinguiremos igualmente o neoconstitucionalismo não-positivista em metodológico, teórico e ideológico (COMANDUCCI, 2003, p.73-79). Apresentaremos as contribuições originais da reflexão não-positivista empreendida por Robert Alexy em relação a cada um dos três aspectos, destacando, no entanto, as duas dimensões mais intimamente ligadas à reflexão jusfilosófica e ao abrandamento da distinção entre descrição e prescrição, quais sejam: o neoconstitucionalismo metodológico e o ideológico.

#### **3.2.1 Neoconstitucionalismo como metodologia**

O neoconstitucionalismo não-positivista como metodologia elabora uma crítica à tese, explicitada a seguir, que confere unidade conceitual aos diferentes posicionamentos positivistas no direito:

“Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida deve-se investigar as suas fontes e não o seu mérito (STRUCHINER, p.409-410).”

Neste sentido, é postulada pelo positivismo metodológico uma nítida separação entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deveria ser para fins de identificação do sistema jurídico. O cientista do direito deve ater-se a identificar e descrever o direito, assim como um cientista social identifica e descreve um determinado fato social. Poderíamos aplicar ao direito o postulado metodológico de Émile Durkheim segundo o qual os fatos sociais, dentre eles o direito, devem ser abordados como se fossem “coisas”. Há uma distinção analítica ou conceitual entre o

direito e a moral. O conceito de direito deve ser definido de tal modo que não inclua nenhum elemento, critério ou teste moral. O conceito de direito positivista, sintetiza Robert Alexy, possui apenas dois elementos definidores: o da legalidade conforme ao ordenamento e o da eficácia social ou efetividade (ALEXY, 2004, p.13-14). Segundo o autor, as numerosas variantes do positivismo jurídico têm em comum “o fato de que o direito depende do que é imposto e/ou do que é eficaz. A correção do conteúdo, qualquer que seja este, não joga aqui nenhum papel” (ALEXY, 2004, p.13-14).

A ausência da dimensão de correção das normas jurídicas ou do sistema jurídico considerado em sua totalidade decorre de uma pressuposição igualmente partilhada pelos positivistas: a de que os julgamentos morais não podem ser comprovados ou verificados à semelhança dos julgamentos de fato, pois não constituem afirmações empiricamente comprováveis ou logicamente demonstráveis, concluindo, assim, no sentido de que os julgamentos de valor pertenceriam ao campo de uma ideologia ou política do direito. Deste modo, tais juízos estariam inevitavelmente sujeitos às inclinações ou predisposições de ordem psíquica, política, social ou cultural do intérprete e não ao âmbito de uma justificação racional conforme, por exemplo, uma teoria procedimental da argumentação jurídica, tal como a proposta por Robert Alexy com fundamento em sua teoria discursiva do direito.

### **3.2.2 Neoconstitucionalismo como teoria**

O neoconstitucionalismo como teoria do direito preocupa-se em descrever as transformações do direito constitucional contemporâneo e sua repercussão sobre as reflexões doutrinárias acerca da teoria do ordenamento, a teoria da norma jurídica e a interpretação do direito. A teoria neoconstitucional, em regra, tende a defender a insuficiência do método da subsunção e do modelo exclusivo de regras no processo de interpretação e aplicação do direito. Esta dimensão do neoconstitucionalismo tende a ressaltar, ainda, a necessidade do emprego da metodologia da ponderação diante do reconhecimento da existência de colisões entre princípios que consagram direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente protegidos como um fenômeno inevitável em um Estado Democrático de Direito fundado na idéia de pluralismo político.

### 3.2.3 Neoconstitucionalismo como ideologia

Por último, teceremos alguns comentários sobre o neoconstitucionalismo como ideologia do direito. Este procura reforçar um dever *prima facie* de obediência ao direito na medida em que “a Constituição e o direito impregnado ou irradiado por esta coincide com os critérios últimos de valoração moral das normas” (FIGUEROA, p.171). No entanto, é um dever em sentido *débil*, despreocupado em obter uma fundamentação absoluta ou “última” à semelhança do objetivismo ético que define o jusnaturalismo, voltando-se para a sistematização de boas razões que lhe confirmam aceitabilidade. A expressão “ideológico” aqui empregada não implica a ausência de uma justificação racional no âmbito das questões práticas: refere-se, sim, à dimensão prescritiva ou normativa da teoria neoconstitucional, que argumenta ser um ordenamento jurídico democrático e constitucionalizado, isto é, no qual há o sufrágio universal e a garantia e promoção dos direitos fundamentais, também um sistema jurídico justo e, portanto, “digno de reconhecimento” pelos seus destinatários.

Paolo Comanducci, referindo-se às obras de R. Alexy, R. Dworkin e G. Zagrebelsky, afirma que “o neoconstitucionalismo ideológico mostra-se inclinado a entender que pode subsistir hoje uma obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis que são conformes à Constituição”, tendo em vista o pressuposto assumido pelos neoconstitucionalistas não-positivistas de que nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados e democráticos há uma conexão necessária entre o direito e a moral ou, nas palavras de Robert Alexy, tem lugar a “institucionalização da justiça” (COMANDUCCI, 2003, p.86).

Neste sentido, poderíamos compreender a ideologia neoconstitucional como uma moderna variação, porém com fundamento em diferentes premissas filosóficas e valorativas, do positivismo ideológico tradicionalmente descrito pela doutrina, que também prescrevia uma obrigação moral de obediência ao direito (COMANDUCCI, 2003, p.86). O positivismo ideológico – segundo uma versão “dramatizada” – identificava formalmente o direito posto pelo Estado com o direito justo. Por sua vez, o neoconstitucionalismo não-positivista pretende justificar uma obrigação *prima facie* de

obediência ao direito em razão da incorporação constitucional do procedimento democrático, dos direitos fundamentais e de outros princípios jurídicos que ressaltam as virtudes morais do ordenamento jurídico nas democracias pluralistas contemporâneas.

## **4 RESULTADOS**

Com o escopo de unir a teoria à prática, após apresentar um esboço teórico e característico sobre o neoconstitucionalismo, cabe unir tais construções à prática jurídica brasileira contemporânea. Para tanto, escolheu-se alguns julgados do STF a fim de se averiguar como a Suprema Corte vem utilizando desse novo paradigma constitucional. Os casos escolhidos foram: **ADPF 45 e ADPF 144/DF**.

Verifica-se, na última década, o desempenho ativo do Supremo Tribunal Federal na vida institucional brasileira. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

### **4.1 Direitos fundamentais: análise da decisão do Ministro Celso de Melo na ADPF45 STF**

A ADPF 45 STF, trata-se de argüição de preceito fundamental em que se discutia o veto presidencial sobre o §2º art. 55(renumerado posteriormente por 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº10.707/2003(Lei de Diretrizes Orçamentárias) que foi julgada em sede de medida cautelar, pelo Ministro Celso de Mello. O autor da ação sustenta que o veto importa em violação de preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que estabelece a obrigatoriedade de constar nos orçamentos públicos a garantia de recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Entretanto, o veto presidencial, objeto da discussão, foi convertido na Lei n° 10.707/2003, cujo art. 1° foi modificado suprimindo a omissão que motivou a propositura da presente ADPF, apesar de resultar na prejudicialidade da ação, o Ministro Celso de Melo aproveitou para reconhecer que a ação qualifica-se como meio idôneo para concretizar as políticas públicas do Estado, quando estabelecidas pela Constituição Federal.

E, ainda, na referida ação debateu-se sobre uma questão bem controvertida no meio jurídico e político brasileiro, a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, quando configura-se abusividade do Estado. Conforme pode ser observado na decisão proferida pelo Min. Celso de Melo:

“(...) a ação constitucional em referência, **considerado** o contexto em exame, **qualifica-se** como instrumento idôneo e apto a viabilizar a **concretização** de públicas, **quando**, previstas no texto da Carta Política, **tal como sucede** no caso (EC 29/2000), **venham a ser descumpridas**, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais **destinatárias do comando** inscrito na própria Constituição da República. **Essa eminente atribuição** conferida ao Supremo Tribunal Federal **põe em evidência**, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política** da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, **que não pode demitir-se** do gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, **enquanto** direitos de **segunda** geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, **sob pena** de o Poder Público, por violação positiva **ou** negativa da Constituição, **comprometer**, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...).”(RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Percebe-se pelo descrito a forte presença da judicialização da política e politização da justiça na ordem jurídica brasileira, o que remete a uma grande interferência do Poder Judiciário nas questões envolvendo os direitos fundamentais, o que pode ser explicado pela grande carga normativa que tais direitos assumem no novo cenário constitucional, sendo considerados como diretrizes a serem perseguidas pelo Estado.

Além do que, confere-se ao Poder Judiciário a guarda pelas normas constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais, que são revestidos pelo constitucionalismo contemporâneo de máxima efetividade, devendo fazê-los efetivos na

atuação estatal, qualquer que seja o Poder como também perante a sociedade, como por exemplo, nas relações contratuais entre particulares.

No entanto, para que essa proteção seja legítima deve-se estabelecer limites, devendo a tutela de tais direitos se estabeleça apenas no plano de concretização e efetivação dos valores consagrados na Magna Carta, e não no plano de criação de normas jurídicas, o que adentraria na esfera de competência do demais Poderes.

Desse modo, observa-se que a questão reside na demarcação da atuação judicial no que se refere a garantia da ordem constitucional, pois diante da abertura do sistema jurídico, sendo composto por normas, em sua maioria, que precisam ser interpretadas à luz dos casos concretos, enseja, desse modo, um processo não só de interpretação mas também de criação de normas jurídicas. Neste ponto, reside a crítica de que o viés judicialista decorrente do neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois pode lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, adentrando na esfera de competência do Poder Legislativo, que foi eleito para esta função de elaboração de normas.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ao proferirem suas decisões devem lembrar que quanto maior o grau de incerteza jurídica, e maior atividade interpretativa que realize, chegando a quase “criar” uma norma, maior será seu dever de fundamentar racionalmente, dentro de critérios objetivos, a sua decisão. E, ainda, cumprem observar a proporcionalidade e razoabilidade do direito que está sendo pleiteado, verificando a real necessidade da medida e as suas consequências na sua efetivação no orçamento do Estado.

Diante dessas considerações, podem ser aferidas como causa dessa situação de criação de normas pelo Poder Judiciário no trecho da obra de André Rufino do Vale:

“A deficiente estrutura e a forte carga axiológica das normas que os asseguram têm o poder de fazer imergir o processo de sua interpretação/ aplicação numa dimensão argumentativa simultaneamente jurídica e moral, emprestando à atividade judicial um caráter inevitavelmente criativo. Nesse contexto, a aparente invasão do direito por técnicas próprias da argumentação moral e o conseqüente desequilíbrio causado na configuração institucional dos Poderes no Estado Constitucional tornam-se alvos fáceis dos críticos

que enxergam em tal realidade um risco incalculável para a democracia e para a proteção dos direitos individuais” (VALE, p.03)

Por isso, o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal deve respeitar as medidas adotadas pelo legislador e pelo administrador público quando estiverem dentro da legalidade, cabendo aos juízes somente analisarem a legitimidade das suas ações em face dos critérios legais e , não sobre o aspecto do mérito, pois tal atitude seria uma interferência abusiva, diante do fato de que os demais poderes tem as suas próprias funções e prerrogativas estabelecidas pelo ordenamento jurídico e essas devem ser respeitadas.

Ademais, o excesso de judicialização pode prejudicar a atuação dos demais Poderes, impedindo que decisões sejam tomadas de acordo com vontade do povo, através dos seus representantes, o que pode acarretar numa intensificação do desprestígio do voto e das deliberações democráticas, confiando todas as questões ao Poder Judiciário, o que pode resultar futuramente em um “ ditadura de juízes”.

Além disso, os magistrados ao decidirem devem estar atentos aos precedentes já estabelecidos, a fim de manterem a integração do sistema jurídico, a preservação da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência do sistema.

Assim sendo, as decisões judiciais devem se pautar na racionalidade, não se estruturando em juízos pessoais de valores; sendo sempre fundamentadas dentro dos critérios legais; e, ainda, respeitando a esfera de competência entre os Poderes, não extrapolando os limites estabelecidos pela Constituição, ou seja, o Judiciário deve atuar estritamente na proteção dos direitos e garantias fundamentais e, não tentar corrigir o sistema jurídico, criando e modificando leis.

#### **4.2 Caso da inegibilidade de candidatos (“ficha suja”): análise do voto do Ministro Eros Grau na ADPF 144/DF**

A ADPF 144-DF<sup>2</sup> foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), caso que ficou conhecido como o caso da inelegibilidade ou “ficha suja”, em que se pleiteava a possibilidade de impugnação, por juízes eleitorais, da candidatura de políticos que tivessem contra eles algum processo seja judicial ou administrativo que ainda não tivesse transitado em julgado.

O julgamento da questão suscitou grande polêmica na sociedade e dentro do “universo” político, pois tal questão envolve todos os Poderes, em todas as suas esferas, e o seu julgamento seria decisivo para as eleições, pois se filtraria diversos candidatos, o que afetaria o rumo da democracia no país.

Desse modo, percebe-se em tal demanda elementos do neoconstitucionalismo como: a judicialização da política e o ativismo judicial, pois tais questões deveriam ser discutidas nos planos do Poder Executivo e Legislativo, não chegando, em momento algum, ao crivo do Poder Judiciário.

Além do que, percebe-se em alguns dos votos posturas pró-ativas, pois conferem máxima efetividade as normas constitucionais. Os entendimentos dos ministros da corte podem ser sintetizados: a maioria (Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Carmen Lúcia Antunes da Rocha, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurelio e Gilmar Mendes) seguiu o posicionamento iniciado pelo Min. Celso de Melo, segundo o qual impedir a candidatura de políticos sem o trânsito em julgado da sentença judicial condenatória viola frontalmente os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal (SILVA, 2008, p.107).

Por outro lado, o Ministro Ayres Brito julgou totalmente procedente o pedido formulado, e o Ministro Joaquim Barbosa construiu uma solução intermediária, a qual compreende ser constitucional impugnar candidaturas de políticos que tenham processo em segundo grau de instância.

---

<sup>2</sup>“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Eleitoral. Causas de inelegibilidade. Condenação definitiva. Alíneas “d”, “e”, “g” e “h”, do inciso I, do art. 1º, e do art. 15, todos da LC nº 64/1990. Resolução nº 22.842/2008 do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta nº 1.621/PB). Preliminares: não comprovação da existência de relevante controvérsia sobre o texto do art.14, § 9º, da CF; ausência de prova da violação do preceito fundamental. Mérito: carência de autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF/88; respeito aos princípios da separação dos poderes, da presunção de inocência, do devido processo legal e da tipicidade. Memorial pelo não-conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido” (ADPF 144-DF).

No presente trabalho, importante se faz analisar o voto do Ministro Eros Grau, o qual contribui para uma compreensão crítica do neoconstitucionalismo, pois no seu voto expõe críticas ao pós-positivismo e neoconstitucionalismo.

O Ministro Eros Grau compreende que o Poder Judiciário, diante de ausência de lei complementar, não pode estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa dos candidatos por critérios construídos pelos próprios magistrados, pois isto significaria substituir a presunção de não culpabilidade por “uma presunção não contemplada em lugar nenhum na Constituição”<sup>3</sup>.

Assim, compreende que o neoconstitucionalismo daria uma abertura para a interpretação constitucional ao ponto de reescrever a Constituição, como se no momento de interpretar estaria criando novas normas constitucionais, o que não caberia ao Poder Judiciário. Como bem expõe: “O Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra”<sup>4</sup>.

Ademais, o Ministro elucida que a tentativa de se estabelecer critérios morais para definição da inelegibilidade é absurda, pois com isso pretende-se substituir o Direito pela moralidade, o que significa destruir toda a construção do Estado Democrático de Direito encabeçado pela legalidade, por valores extremamente subjetivos que visam apenas atendimentos de certos interesses que nada se relacionam com o verdadeiro propósito do § 9º art. 14 CF, que é proteger a ordem democrática, e não servir a interesses individuais.

Conforme elucida Eros Grau: “A moralidade só pode se concebida por referência à legalidade. [...] O sistema jurídico tem de recusar a invasão de regras estranhas a sua eticidade própria advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil”. (GRAU, 2005, p.287)

Além do mais, critica o uso banalizado dos princípios, como no caso o da moralidade, dentro da sistemática jurídica. Compreende, desse modo, que com esse novo paradigma constitucional haveria uma tendência de se justificar a maioria das

---

<sup>3</sup> Voto do Min.Eros Grau em STF, Informativo do STF 514, ADPF nº144/DF, Rel.Min.Celso de Mello, p.3.Disponível em:[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>4</sup> Voto do Min.Eros Grau em STF, Informativo do STF 514, ADPF nº144/DF, Rel.Min.Celso de Mello, p.6.Disponível em:[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

decisões judiciais com bases nos princípios, o que poderia legitimar, erroneamente, interferências injustificadas nos poderes e decisões arbitrárias, sob um falso fundamento camuflado pelos princípios, que na verdade embasa-se em critérios pessoais do juiz.

Desse modo, verifica-se que a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões, o que pode levar a irracionalidade jurídica, imprecisão teórica e insegurança no momento de se julgar um caso concreto.

Assim, qualquer decisão estaria amparada por um princípio que na verdade serviria para “justificar” o mero arbítrio do magistrado, apesar de estar fundamentada, comportaria incertezas e indeterminações que envolvem os princípios.

Entretanto, insta ressaltar que não se quer aferir que os princípios são irrelevantes, estes também são essenciais para o sistema jurídico, pois comportam uma maior abertura do ordenamento para a Moral e permite uma melhor argumentação jurídica diante das causas mais complexas, alcançando, desse modo, o papel de correção normativa do Direito.

Neste contexto, o que se debate é a forma como os princípios vem sendo utilizados pelo Poder Judiciário no momento da construção da decisão, sem conferir-lhes determinação e concretude no caso concreto, apenas os invocando indiscriminadamente a fim de justificar qualquer questão, se esquecendo também que existem situações que os princípios não são suficientes devendo se recorrer, também, às regras.

Portanto, deve-se atentar que tanto as regras como os princípios são fundamentais para uma boa coerência normativa, o que não deve ser esquecido no momento de aplicação das normas, não se justificando tudo com princípios, nem se aplicando demasiadamente regras. Cada um tem a sua importância no ordenamento jurídico, importantes para coordená-lo, gerando maior previsibilidade e segurança jurídica para a sociedade.

Assim, observa-se que a ADPF 144 possibilitou um debate sobre a forma como o neoconstitucionalismo vem sendo empregado no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar dos seus benefícios, como o de expandir ao ordenamento valores humanitários

da Constituição e introdução de novas pautas de interpretação necessárias para solucionar as questões difíceis insurgentes nas sociedades cada vez mais complexas, precisa-se aprender a utilizar esses mecanismos, sob pena de ausência de parâmetros racionais e objetivos, e uma introdução precária de elementos morais que remontaria ao jusnaturalismo e suas construções metafísicas.

## 5 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo em sua versão inflacionada ou expansionista, ao preconizar um ideal de constituição “invasora” e “onipresente”, não é compatível com uma visão aberta da democracia como “pluralismo de iniciativas e de alternativas” (HARBELE, 2002, p.67). A tese da força irradiante dos direitos fundamentais, se levada às últimas conseqüências, resulta na completa conformação da atividade legislativa, ou seja, na afirmação de que “na Constituição de direitos não há espaço isento para o legislador porque todos os espaços aparecem regulados (PULIDO, p.12)”.

Este posicionamento é incompatível com um modelo de constitucionalismo aberto ao possibilismo filosófico e à compreensão crítico-reflexiva da democracia como um permanente processo de levantamento de conjecturas e submissão a refutações (*trial and error*). O neoconstitucionalismo deve adequar-se a uma visão experimentalista de democracia, deixando ao legislador eleito democraticamente, assim como aos atores políticos que atuam no espaço público, a crítica, tematização e proposição de novas alternativas institucionais para problemas que *não* foram decididos no plano jurídico-constitucional.

Observa-se que a regra deve ser de preferência: *in dubio pro legislatore*, pois é o representante eleito democraticamente o agente mais legitimado para tomar decisões no espaço de abertura da constituição que, por sua vez, deve ser interpretado em um sentido maximalista em favor do debate político. Segundo esta visão, o legislador democrático é o legitimado *inclusive* para tomar uma decisão eventualmente *errada*, pois é responsável politicamente pela mesma, enquanto o Poder Judiciário não. De um ponto de vista hermenêutico, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não deve ser compreendida como contendo sempre uma única resposta correta para a solução de todos os problemas.

A teoria neoconstitucional deve adequar-se a uma visão de democracia que privilegie a discussão política inovadora, preservando, estimulando e ampliando o “âmbito do político” – isto é, daquilo que *não* foi decidido pela Constituição – bem como a capacidade de “imaginação institucional” dos atores políticos no parlamento e, em especial, na esfera pública política. Em síntese, o neoconstitucionalismo não-positivista deve estar aberto ao pluralismo político, reconhecendo, assim, ao campo do político (no qual interagem atores políticos institucionais, organizações não-governamentais e movimentos sociais) a maior extensão possível de autonomia para a tomada de decisões inovadoras, alternativas e criativas, estimulando, desta forma, a sua “imaginação institucional”. O neoconstitucionalismo deve, neste sentido, ser *minimalista* e deferente com a deliberação democrática. Somente assim o neoconstitucionalismo poderá ser democraticamente compreendido como uma “teoria constitucional de alternativas” ou como “teoria constitucional da tolerância (HARBELE,2002, p.62)” compatível, por sua vez, com o *ethos* pluralista que define o Estado constitucional democrático contemporâneo.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

\_\_\_\_\_. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 37-58.

\_\_\_\_\_. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31-47.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”. In: \_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 131-157.

- \_\_\_\_\_. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*. Vol. 17, nº 2, p. 156-167, june 2004.
- \_\_\_\_\_. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. “Justicia como corrección”. In: \_\_\_\_\_. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005, p. 55-67.
- \_\_\_\_\_. “Derecho, discurso y tiempo”. In: \_\_\_\_\_. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de J. A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005, p. 69-87.
- AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía*, nº 6, p. 71-79, abril 1997.
- ARIZA, Santiago Sastre. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 239-258.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001.
- \_\_\_\_\_. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução e apresentação de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina da efetividade*. Excerto mimeografado. 2004.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/ abril/ maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27/01/2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.242.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998.

- CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75-98.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Paulo Neves. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- \_\_\_\_\_. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 159-186.
- GRZEGORCZYK, Christophe. “Introduction”. In: GRZEGORCZYK, C. MICHAUT, F. TROPER, M (Orgs.). *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J.- Story Scientia, 1992, p. 33-67.
- GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49-73.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de La sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso”. In: \_\_\_\_\_. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 61-141.
- \_\_\_\_\_. “A filosofia como guardador do lugar e como intérprete”. In: HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 17-36.
- KANT, Immanuel. (1795-96) “À Paz Perpétua”. In: \_\_\_\_\_. *À Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 119-171.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. DINIZ, Antônio Carlos. “Pós-positivismo”. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo - Rio de Janeiro: UNISINOS; Editora Renovar, 2006, p. 652-653.

- MAIA, Antonio Cavalcanti. “A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas”. In: MAIA, Antonio C. *et al* (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 03-29.
- MARCONDES, Danilo. “Metodologia da Filosofia e Análise da Linguagem”. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Ed. Cortez, 2000, p. 15-36.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.203-205.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo, *RDE – Revista de Direito do Estado*, Ano 1, nº 1: 89-104, jan./mar.2006.
- \_\_\_\_\_. “A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo”. In: MAIA, Antônio C. *et al* (Orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 475-497.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- RAWLS, John. “O construtivismo kantiano na teoria moral”. In: \_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43-140.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 135-176.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SCHUTZ, Alfred. “El mundo social y la teoría de la acción social”. In: \_\_\_\_\_. *Estudios sobre teoría social*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1974.
- SEOANE, José Antonio. “Presentación”. In: ALEXYY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 01-15.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. *Revista Tempo Brasileiro*, nº 138, p. 153-172, jul.-set. 1999.
- SILVA, Alexandre Garrido da. “Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 11-96.
- STRUCHINER, Noel. “Algumas ‘proposições fulcrais’ acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. Juspositivismo”. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al* (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 399-415.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 397-449.
- TROPER, Michel. “Positivismo Jurídico”. In: ARNAUD, André-Jean *et al*. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução para a língua

portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 607-610.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Traducción de Marina Gascón. Valladolid: Editorial Trotta, 1995.