

## **Introdução**

O artigo visa demonstrar a repercussão na doutrina brasileira do uso da Teoria Neoconstitucionalista e como tal doutrina influencia a jurisprudência nacional, de maneira que se perfaz como verdadeiro alicerce do ativismo judicial identificado no Brasil, conforme demonstram os casos a serem analisados no decorrer deste trabalho.

O protagonismo judicial foi algo ascendente nos últimos anos do século passado nas terras de Santa Cruz, em decorrência da nova ordem constitucional que trouxe consigo a necessidade da adoção de novas teorias jurídicas, vez que não mais satisfazia o uso de uma Teoria Geral do Direito baseado no direito civil e romano, como antes do advento da Constituição Federal democrática.

O neoconstitucionalismo, que busca, em suma, reforçar a aplicação das normas constitucionais, numa verdadeira concretização direta de seus dispositivos, surge, então, na atual quadra histórica, como uma saída ou uma porta de entrada para uma espécie de novo direito constitucional.

No entanto, a falta de uma base filosófica definida no Direito pátrio e a não observância da hermenêutica contemporânea desencadeou um verdadeiro salvo-conduto para a discricionariedade, com uma abertura interpretativa do objeto investigado, que é o texto constitucional e as Leis que nele devem(riam) se basear.

Ante tais premissas, identifica-se no neoconstitucionalismo um verdadeiro reforço estrutural ao ativismo judicial, tido como a intromissão do Poder Judiciário nas competências dos demais poderes, ofendendo, assim, o Estado Democrático de Direito.

### **1. O protagonismo judicial de cunho ativista e a equivocada recepção das teorias argumentativas**

O ativismo judicial configura-se em um modo peculiar de interpretar a Constituição, buscando sua aplicação direta, mas estendendo o seu sentido e alcance<sup>1</sup>. Decorreria, em regra, de uma ineficiência dos demais Poderes, o

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista**

Executivo, e, sobretudo, o Legislativo, na solução de conflitos entre classes políticas e sociais, abrindo um espaço para a atuação indevida dos atores que representam o Poder Judiciário.

Tassinari<sup>2</sup> registra que a atuação do Poder Judiciário, de maneira inovadora, tem ênfase a partir de 1803, nos Estados Unidos, quando do julgamento do caso “Marbury x Madison”, que trouxe ao mundo jurídico ocidental o primeiro precedente de controle judicial de constitucionalidade.

Barroso<sup>3</sup>, em uma análise retrospectiva sobre o tema, entende que o ativismo, de origem norte-americana, apresentou-se, inicialmente, de forma conservadora, sendo utilizado pela Suprema Corte para atender interesses reacionários, como no caso *Dred Scott v. Sanford*, 1857, onde se concluiu que “negros não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo”<sup>4</sup>.

A história conta que o ativismo foi utilizado também para “a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte Suprema, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)”, conforme Barroso<sup>5</sup>.

A situação se inverteu somente a partir da década de 50 (cinquenta) do século passado:

[...] quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).” (Barroso, 2008, p. 07).

Já no Brasil, tal discussão, tornou-se expressiva com o advento da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, em razão do extensivo rol dos

---

<sup>2</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.

Direitos Fundamentais, abarcando não só os direitos individuais como os sociais e políticos<sup>6</sup>.

Essa própria condição de ser do Poder Judiciário pode dar azo ao avanço ativista disfarçado que se empreendeu nos últimos anos no Brasil, justificado sob a bandeira da efetividade dos direitos do cidadão.

Streck<sup>7</sup> afirma que o ativismo judicial fora indevidamente importado dos Estados Unidos, onde se efetivaram sérias discussões doutrinárias a respeito do governo dos juízes e do ativismo judicial, só que há mais de duzentos anos.

Ora, uma Constituição “recente” pede por novos padrões de observação. “No mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica (...) uma nova teoria da decisão”<sup>8</sup>.

Até mesmo a “escolha” pelo Estado Democrático de Direito trouxe transformações necessárias na relação entre os Poderes da República. Para que de fato ocorram tais mudanças para se passar de um Estado Social para um Estado Democrático, se faz necessário o “deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário”<sup>9</sup>, posto que a natureza, a qualidade e a quantidade de conflitos impossíveis, ou impassíveis de autocomposição, cresceram em escalas inimagináveis.

É fato que a tudo ou a quase tudo se judicializa<sup>10</sup> no Brasil. Isso é fruto de um desenvolvimento social e econômico, bem como de uma maior preocupação com o acesso à Justiça. Outrossim, o Brasil sofre forte influência dos sistemas norte-americano e europeu, sem a devida aclimação desses institutos a realidade brasileira, como já dito anteriormente.

---

<sup>6</sup> É importante frisar o posicionamento de Ferrajoli (2010, p. 534) sobre o tema: “[...] o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. Para isto, acrescentou Carrara, “a um Estado que aspire reger-se com ordens liberais e duradouras, e que deseje responder ao propósito da tutela jurídica na qual se funda total e somente a razão de ser da autoridade social, é de suprema necessidade que aos possíveis abusos do Poder Executivo o Poder Judiciário seja perpétuo e sólido obstáculo”.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. **Revista dos Tribunais** 3ª Ed. São Paulo: 2013.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. p. 284.

<sup>9</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013, p. 36.

<sup>10</sup> VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política no Brasil, In VIANNA, Luiz Werneck et al, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. Werneck Viana trouxe um importante estudo sobre as razões da judicialização no Brasil, afirmando, dentre outros, o excesso de normatização.

A legitimação dos direitos humanos também provocou uma grande interferência do Estado no meio social que, por meio da inércia dos outros Poderes, exigiu do Judiciário uma maior atenção, como que se preenchesse as lacunas até então deixadas de lado pelos outros Poderes que, em tese, não cumpriam(em) o seu papel constitucional.

Diante dessa realidade jurídica nova, mormente com o excesso de ajuizamento de ações e a aproximação do “jurídico” com o “político” transformações se fizeram necessárias, mas se deram de uma maneira desregulada, sem nenhum tipo de norte, de base, deixando que a consciência dos intérpretes/aplicadores do direito se destacasse frente à correta aplicação do texto constitucional.

Como dito anteriormente, muito dessa situação ocorre por conta da carência de uma teoria constitucional ajustada à realidade brasileira, ou seja, essencialmente nacional, pelo fato de se estar constantemente à procura de um novo paradigma jurídico fora do quadrante adequado ao sistema jurídico pátrio. Esse fato levou os juristas brasileiros a se embasarem em teorias totalmente estranhas, alienígenas, sendo as mesmas recepcionadas de maneira acrítica, como a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy, segundo assevera Streck<sup>11</sup>.

Não se pode entender que essas teorias podem de uma hora para outra começar a serem utilizadas no Brasil, porque elas não se desenvolveram aqui, sob o prisma do sistema jurídico nacional. Impossível se aceitar essa situação sem que se observem as diferenças culturais e políticas para a implantação e uso dessas teorias. Tomou-se emprestada, da doutrina alemã, conforme Streck<sup>12</sup> informa, a ideia principal de ser da Constituição, uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de desvendar e revelar esses interesses ou valores: bem como foi referência o ativismo judicial norte-americano.

Nesse mesmo sentido, o termo “Ativismo Judicial”, vem sendo usado de maneira rasa no Brasil. Atualmente, transforma-se um Tribunal em órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição, construir normas legais ao alvedrio da própria Constituição Federal. O risco se dá, por existirem questões que não

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. Streck, no seu Livro Verdade e Consenso (2012), apresenta, já em notas introdutórias, que um dos grandes responsáveis pela crise hermenêutica e do baixo conteúdo constitucional que se registra, na atual doutrina e na jurisprudência, é a recepção equivocada de três teorias alienígenas: a jurisprudência dos valores, ponderação alexyana e o ativismo norte-americano.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. p. 286.

podem ser sanadas por ativismo judicial, posto que o Judiciário não pode substituir o legislador.

Nesse ponto, nota-se a existência do ativismo judicial, no Brasil, para concretizar direitos e para resolver o problema da vontade dos julgadores, sendo inadmissível se descontextualizar a Constituição somente para buscar sentido, finalidade, em uma norma, com o fim de justificar uma decisão judicial. Então, nesse contexto, Lênio Streck<sup>13</sup> defende que “em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, apresenta (é necessário) uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país”.

E a partir desse pensamento, chega-se à concepção de que o ativismo judicial é um problema que abala as próprias estruturas da democracia constitucional<sup>14</sup>, daí a necessidade de se questionar decisões que excluem o texto constitucional e buscam justificativas longe da base do sistema jurídico, fato vivido quase que diariamente na Justiça Eleitoral, não sendo muito diferente no restante da Justiça pátria.

Na maioria das vezes, o ativismo se revela como uma atitude do Judiciário, tal qual “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo”<sup>15</sup>.

Esse proceder dos Juízes, como o que resultou nos arestos que serão analisados neste trabalho, representa um verdadeiro “rompimento constitucional”<sup>16</sup> (STRECK, 2012, p. 53), tornando-se um “problema democrático” (STRECK, 2012, p.53), tudo isso fruto do exemplo advindo da Suprema Corte brasileira, o STF.

Destarte, pertinente apresentar a crítica que Barroso<sup>17</sup> constrói nesse sentido:

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 14.

<sup>14</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 11.

<sup>16</sup> Essa expressão não está aqui empregada como um mero recurso retórico, posto que houve verdadeira ofensa ao art. 14, §9º, bem como afronta ao art. 93, IX, todos da Constituição Federal.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2011, p. 16.

de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.

Vale recordar que o povo é o titular do poder, parafraseando-se que “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”, constante no artigo 1º, § 1º da Constituição Federal, ainda que se possa indagar, quem é o povo, conforme preceitua Friedrich Müller<sup>18</sup>.

## **2. O ativismo em prática nas cortes superiores e o alicerce neoconstitucional: o caso da tentativa de redistribuição de vagas de deputado federal feita pelo TSE e barrada pelo STF (ADIs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028, 5130 e ADC 33)**

Analisar-se-á o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130) e de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 33)<sup>19</sup>, cujo objeto era a (in)constitucionalidade da Resolução TSE 23.389/2013 que modificou o quantitativo de vagas para deputado federal de alguns Estados da Federação<sup>20 21</sup>.

O STF no julgamento destas ações<sup>22</sup>, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade de resolução do TSE, considerando que a Lei Complementar 78/93 não fixa critérios de cálculo, nem delega tal função à Corte Eleitoral. Considerou que o TSE usou critérios próprios de fixação dos quantitativos dessas representações, introduzindo inovação legislativa<sup>23 24</sup>.

---

<sup>18</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia - Introdução de Ralph Christensen; Tradução Peter Naumann; Revisão da tradução Paulo Bonavides. 4ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>19</sup> Até o fechamento deste estudo, o STF ainda não havia disponibilizado no seu sítio o acórdão do julgamento de tais ações, razão pela qual buscamos como fonte informativa os informativos semanais nº 750, 751 e 752, presentes no endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>.

<sup>20</sup> Pela Resolução, o Estado da Paraíba e do Piauí perdem duas cadeiras de deputados federais cada um, os Estados de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perdem uma vaga de deputado cada. Já o Pará ganha quatro cadeiras. O Ceará e Minas Gerais terão mais duas cadeiras cada um e o Amazonas e Santa Catarina aumentam sua respectiva bancada em um deputado federal, disposto no sítio do TSE: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/tse-redefine-cadeiras-na-camara-dos-deputados-para-eleicoes-2014>>.

<sup>21</sup> Por intermédio do Decreto Legislativo 424/2013, o Congresso Nacional sustou os efeitos da resolução do TSE.

<sup>22</sup> ADIs 4947, 5020, 5028 e 5130, e ADC 33, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e as ADIs 4963 e 4965, relatadas pela ministra Rosa Weber. Até o fechamento desta pesquisa ainda não havia sido disponibilizado o Acórdão do presente julgado.

<sup>23</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014a. **STF declara inconstitucionalidade de normas sobre número de deputados**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269475>>. Acesso em: 22/09/2014.

Trata-se de um posicionamento de autocontenção, anti-ativista, mas que contou com votos contrários dos Ministros Gilmar Mendes, Barroso, e Dias Tofoli, para quem não houve invasão de competência, mas mera aplicação do dispositivo constitucional<sup>25</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes (relator da ADI 4.947/DF, da ADI 5.020/DF, da ADI 5.028/DF e da ADI 5.130 MC/DF) destacou que o desafio estaria em regulamentar o sistema eleitoral proporcional de listas abertas, que vigora no Brasil de forma a manter, dentro dos limites constitucionalmente previstos, a proporcionalidade da representação dos Estados-membros e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, com as respectivas repercussões nas Assembleias Legislativas estaduais e na Câmara Distrital<sup>26</sup>.

Para o referido Ministro, inexistiria inconstitucionalidade material na norma em tela posto que a LC 78/1993 poderia sim atribuir ao TSE a fixação de número de representantes, por unidade federativa, na Câmara dos Deputados, o que atenderia à proporcionalidade populacional, consoante o disposto no art. 45, § 1º, da CF<sup>27</sup>.

Numa tendência ativista e ofensiva à expressão direta da Constituição Federal, o Ministro Barroso argumentou que “a falta de consenso no Congresso não pode congelar a representação política e produzir uma desproporcionalidade que viola, a meu ver, claramente a Constituição”<sup>28</sup>.

Afirmou ainda que prestigiar a interpretação literal do art. 45, §1º, da CF conduziria a inconstitucionalidade, pois o cumprimento da Constituição não poderia depender exclusivamente do processo político majoritário, da vontade, ou não, do Congresso Nacional de tratar da matéria por Lei Complementar e que a omissão do Congresso, em editar a lei complementar referida no art. 45, § 1º, da Constituição Federal, manteria a representação populacional inalterada de maneira indevida. Entendeu válida a atuação do TSE, porque seria um órgão imparcial<sup>29</sup>.

A Ministra Rosa Weber, acertadamente entendeu que “não se pode fixar o número de representantes por ente federado fundamentado na Resolução TSE

---

<sup>24</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014d. **Informativo 752**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo752.htm>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

<sup>25</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014a.

<sup>26</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014b. **Informativo 750**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo750.htm>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

<sup>27</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014b.

<sup>28</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014a.

<sup>29</sup> Mas com base em que critério jurídico? E porque o Congresso Nacional seria parcial?

23.389/2013, independente da constitucionalidade da LC 78/1993” e que ao TSE não cabe legislar, mas promover o processo de eleitoral através da legislação existente<sup>30</sup>.

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que a via administrativa não é a mais apropriada para tratar da matéria. Já o Ministro Luiz Fux entendeu que a LC 78/1993 de fato não oferecia poder normativo ao TSE e que a delegação prevista ofenderia cláusula pétrea da Constituição<sup>31</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, acompanhando a Ministra Rosa Weber, entendeu por prejudicados os pleitos que impugnam a Resolução TSE 23.389/2013, e afirmou que não há fundamentos para a criação da controvérsia, visto que desde a CF/88 esse órgão não acionou população para a fixação do número de cadeiras na Câmara<sup>32</sup>.

O Ministro Celso de Mello destacou a degradação do atual sistema de representação proporcional do país e afirmou o art. 4º, § 2º da ADCT<sup>33</sup> não poderia ser utilizado como parâmetro de controle<sup>34</sup>.

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a Constituição incumbiu o legislador complementar de fixar o número total de deputados e que somente tal lei poderia fazê-lo<sup>35</sup>, vez que assim deve ser por ser clara a redação legal.

O Ministro Teori Zavascki entendeu por procedentes os pleitos que atribuem ao parágrafo único do art. 1º da LC 78/1993 a interpretação conforme à Constituição, além de entender que a Resolução 23.389/2013 seria inconstitucional<sup>36</sup>.

Assim, tem-se de um lado uma conduta argumentativa e política daqueles que atribuíram ao TSE um poder político-legislativo, além de conferir ao Judiciário uma capacidade reformadora através da ética, lecionando ao Congresso Nacional, incapaz, porque suspeito (?) e possivelmente parcial (?), de tomar uma das decisões

---

<sup>30</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c. **Informativo 751.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/>

<sup>30</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c.

<sup>31</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c.

<sup>32</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c.

<sup>33</sup> § 2º - É assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

<sup>34</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c.

<sup>35</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c.

<sup>36</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014c.

mais importantes relativas à questão política dos últimos anos, para esses o TSE estaria acima do Legislativo, pois seria um “órgão imparcial”.

Mas ocorre que não cabem discursos políticos na atuação da função jurisdicional do Estado. O exercício desta prerrogativa deve se dar através de fundamentos jurídicos e constitucionais, ignorar a Constituição para subsidiar a invasão de competência do Poder Legislativo reflete tendência solipsista e relativista que inundam as Cortes pátrias.

Diante disso, não sem razão, Sarmiento<sup>37</sup> expõe que o ativismo, mormente em relação aos direitos sociais, pode provocar a concentração de riquezas, elevando os custos do Estado em favor de um segmento da população mais abastado ante a dificuldade do acesso à justiça por parte da população carente, gerando um paradoxo, “uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à moção da igualdade material”<sup>38</sup>.

A própria Democracia acaba desafiada pelo ativismo judicial. Os compromissos estatais não possuem uma extensão exata e nem a sua forma de implementação pode ser definida previamente por um texto normativo exaustivo de forma precisa, demandando um amplo espaço para a decisão política, que apesar de não ser infinita, vez que não balizado na Constituição, não pode ser amputado pelo Poder Judiciário<sup>39</sup>.

Ante tais premissas, é possível afirmar, aliando-se a Streck<sup>40</sup>, que o STF, e em consequência desse fato os demais órgãos do Judiciário, vêm julgando por políticas em grandes causas, e não por princípios, numa espécie de “Presidencialismo de coalizão judicial”<sup>41</sup>.

### 3. O neoconstitucionalismo e o constitucionalismo contemporâneo

---

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. p. 534.

<sup>39</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. p. 295.

O constitucionalismo tido como moderno, na visão de Canotilho<sup>42</sup>, tem, ou teve, como uma de suas principais preocupações a relação, jurídica e política, entre Estado e o cidadão, o que não mudou, mesmo em tempos de globalização.

Adianta o autor português<sup>43</sup> que a redução ótica dos pilares de uma Constituição não é suficiente para se compreender um “novo direito constitucional”, demonstrando como a doutrina e os estudos constitucionais pátrios não estão preparados para entender o Estado pós-moderno, a globalização e a integração comunitária entre os Estados.

Assenta, ainda, que haverá descumprimento da finalidade precípua das Constituições, quando essas estiverem baseadas em pressupostos que não podem garantir, e assim “deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas”.

Na superação do positivismo exegético e da velha “aplicação” do direito por meio da regra de subsunção, acaba-se, pelo menos no Brasil, diante de um vácuo regulatório, intitulado de discricionariedade, onde o intérprete se encontraria numa verdadeira situação jurídica de senhorio, em relação ao texto normativo objeto da interpretação/aplicação.

Para superar o positivismo, e tentar garantir um verdadeiro respeito à Constituição, surgiu um movimento, uma doutrina, hoje intitulada de neoconstitucionalismo, que visa(ria), ultrapassar a “plenipotenciabilidade da regra” (STRECK, 2008, p. 336) e o antigo juspositivismo<sup>44</sup>.

Nas palavras de Duarte e Pozzolo<sup>45</sup>, “a difusão de constituições longas e densas e a extensão do modelo democrático têm estimulado uma reflexão mais concentrada acerca da normatividade do direito e das razões de sua legitimidade”.

Para os mesmos autores, a “emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado”, denunciaram a necessidade de uma superação do

---

<sup>42</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários** dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários** dos discursos sobre a historicidade constitucional.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

<sup>45</sup> DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editora, 2012, p. 16.

Estado eminentemente liberal, forçando um novo entendimento de intervenção do Estado, bem como de uma maior demanda pública na área social, que desencadeou numa reformulação constitucional e em um novo entendimento sobre Constituição.

Streck (2012, p. 339), vai afirmar, então, que a força normativa da Constituição nasce da revolução copernicana que institui o que denominou de “(neo)constitucionalismo”<sup>46</sup>, e que essa dependerá de uma adequada interpretação, que dentro de um Estado Democrático de Direito, é inevitável, e mesmo necessário, uma autonomização do direito, para que se firme, agora de maneira efetiva, um controle sobre o Poder, tratando-se de “uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza essa(s) outras dimensões com ele intercambiáveis” (STRECK, 2012, p. 350).

Duarte e Pozzolo<sup>47</sup> descrevem, essa situação como necessária para implantar um verdadeiro caráter normativo da Constituição, para que a mesma possa vir a figurar em um “plano de juridicidade superior”, que reclama a sua concretização.

Assim, mais do que limitar o poder (constitucionalismo clássico), o caráter ideológico do neoconstitucionalismo seria o de concretizar os direitos fundamentais, partindo-se de uma aplicação direta das normas constitucionais sempre que necessário, posto que suas regras e princípios são dotadas de normatividade.

Uma das questões mais significativas em tempos de superação do positivismo, é a busca pela forma justa ou correta de interpretar a Constituição, mormente em razão da adoção do entendimento de que a Constituição seria um sistema aberto de regras e princípios<sup>48</sup>, além da presença de direitos fundamentais, que supõe um compromisso de adoção de uma interpretação mais adequada.

Todo ordenamento jurídico deve respeito à Constituição, posto ser um sistema originário de uma ordem jurídica. No entanto, a presença dos direitos fundamentais de diversas ordens, possivelmente conflitantes, trouxe um desafio

---

<sup>46</sup> O referido autor abandonou tal expressão por entender haver um desvirtuamento do direito e da aplicação da constituição decorrente do intitulado neoconstitucionalismo, que baseado na doutrina argumentativa acaba comprometendo a segurança jurídica ao dar espaço para o relativismo, passando a chamar de constitucionalismo contemporâneo, aquilo que antes entendia por neoconstitucionalismo (2011).

<sup>47</sup> DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 21.

<sup>48</sup> DUARTE, Ecio Oto. Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional. In: DUARTE, E. O.; DIMOULIS, D. (Coord.). **Teoria do Direito Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.

para esse novo momento de superação positivista, cuja presença dos princípios, como norma e não como valor, é apresentado como eficiente arma do Direito para legitimar e controlar o poder<sup>49</sup>, levou a sociedade, ao menos inicialmente, a um “direito” calcado em preceitos subjetivistas, mormente em razão das teorias erroneamente adotadas, como alerta Streck<sup>50</sup>, e ante o “déficit de objetividade”<sup>51</sup>.

No entanto, Streck<sup>52</sup>, refletindo sobre a má utilização de certas teorias externas, já apresentadas no tópico anterior deste trabalho, e em razão do neoconstitucionalismo pátrio estar sendo utilizado como um álibi para o voluntarismo e o decisionismo nos tribunais, supera o neoconstitucionalismo, afirmando a existência de um “Constitucionalismo Contemporâneo”<sup>53</sup>, este sim voltado ao respeito à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

Duarte<sup>54</sup> entendeu o neoconstitucionalismo como uma necessária e adequada resposta constitucional, afirmando que além da necessidade de considerar uma teoria jurídica que enlace o direito com a moral. Mas com razão maior Streck<sup>55</sup> apresentou os fundamentos de superação do neoconstitucionalismo, que a pretexto de superar o positivismo, acabou por regredir às teorias voluntaristas do século XIX, situação também já descrita neste trabalho em tópicos anteriores.

Os princípios são normas, conforme Dworkin<sup>56</sup> e Alexy (2008), mas a Constituição é um texto normativo escrito, que deve ser respeitado. O neoconstitucionalismo, assim, ofende o Estado Democrático de Direito e a divisão dos poderes, subsidiando um ativismo que poderá verter o Brasil numa juristocracia.

Não restam dúvidas sobre a necessidade de se superar o neoconstitucionalismo, construindo uma verdadeira e séria doutrina de respeito à força normativa da Constituição. As bases do neoconstitucionalismo identificam-se com o positivismo moderno, de forma que somente superou como já havia feito o

---

<sup>49</sup> DUARTE, Écio Oto. **Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional.**

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.**

<sup>51</sup> DUARTE, Écio Oto. **Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional.** p. 201.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.**

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** p. 37.

<sup>54</sup> DUARTE, Écio Oto. **Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional.** p. 201.

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.**

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2ª ed. Tradução de N. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

próprio positivismo moderno, aquele positivismo exegético, calcado na subsunção e no silogismo.

É certo que um dos mais importantes positivistas “modernos”, como bem encerra Dworkin<sup>57</sup>, foi H. L. A. Hart, com sua obra intitulada “O Conceito de Direito”<sup>58</sup>, cuja primeira publicação data de 1961. Respondendo diversas críticas, Hart elaborou um pós-escrito no referido livro posteriormente.

Já na década de 1970, Hart negava os argumentos positivistas de que o direito estava separado da moral “destacando as teorias da justiça de John Rawls e Robert Nozick como pontos de partida dessa mudança e a teoria dos princípios de Ronald Dworkin como pioneira dessa reviravolta no âmbito jurídico” (NEVES, 2013, p. 43).

Para o mesmo autor, a Teoria de Rawls irá influenciar o padrão empírico do desenvolvimento do indivíduo. De modo semelhante Kohlberg desenvolveu três níveis de julgamento moral: pré-convencional, convencional e pós-convencional ou baseado em princípios. Nesses níveis se relacionam três categorias de observação social: a concreta individual, a de membro da sociedade e a do prioritário-em-face-da-sociedade. De acordo com já citado autor os contratos sociais e as leis devem se apoiar nos princípios, e se não o fizerem o indivíduo deve seguir ao que diz os princípios gerais de justiça.

Acatou, portanto, Hart, críticas quanto a pouca importância que deu aos princípios, narrando, no entanto, que tanto princípios como “normas”<sup>59</sup> podem ceder, sem no entanto restar prejudicadas sua validade e vigência<sup>60</sup>, mas afirmando que a diferença entre regras e princípios seria uma questão de grau.

Afirma de maneira categórica sobre o poder discricionário do Juiz, atribuindo-lhe, inclusive, poderes de legislador positivo, que:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido [...]. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se

---

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. Tradução de N. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27.

<sup>58</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>59</sup> Para diferenciar princípios de regras, Hart chama essas de normas e aquelas de princípios não-conclusivos (2009, p. 339).

<sup>60</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. p. 337.

incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao Poder Legislativo [...], mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente<sup>61</sup>. (HART, 2009, p. 351).

Hart<sup>62</sup>, também entende que o preenchimento dos espaços na solução de casos concretos tinha relação com uma compreensão clara do processo judicial, que seria a característica que chamava mais atenção na Teoria do Direito americano, pois a partir dessa prática o intérprete teria mais condições de se orientar a respeito das regras estabelecidas pelo sistema jurídico, afirmando:

El énfasis dirigido por los antipositivistas hacia la naturaleza del proceso judicial puede sorprender a los juristas y filósofos del derecho europeos. Siempre –pienso– ha sido la característica más llamativa de la Teoría del derecho americano pensar que una comprensión clara del proceso judicial es la mejor clave para el entendimiento de lo que es el derecho, y pensar también que se obtiene mayor luz de orientar la atención no a las claras reglas establecidas por el sistema jurídico y a la manera en que funcionan fuera de los tribunales, sino más bien a los controvertidos casos difíciles, que son aquellos en los que cualificados juristas pueden estar en desacuerdo sobre lo que es el derecho en algún punto.

Note-se que já houve um rompimento com o positivismo de outrora, mais exegético, permitindo a discricionariedade e colocando o Juiz no protagonismo da criação e da aplicação do direito. Um prenúncio do neoconstitucionalismo.

No entanto, na visão (positivista) de Hart<sup>63</sup>, o juiz é quem constataria a ausência de norma reguladora e ele mesmo criaria o novo direito, que não era predisposto aos interessados quando da época dos fatos analisados, de acordo com o seu conhecimento, e de maneira racional e fundamentada<sup>64</sup>.

O mesmo autor compreende uma compatibilidade entre positivismo e a noção de princípios, bem como se mostraria compatível com uma noção de direito e moral, encerrando mais um novo rompimento da ideia positivista tradicional:

También es importante hacer hincapié en que esta tesis positivista es también perfectamente compatible con un sistema jurídico que incorpore de diversos modos pautas morales, tanto generales como específicas, dotándolas así de un status jurídico. Así, en algunos sistemas jurídicos, la conformidad con ciertos principios morales – por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales– es reconocida por los tribunales como

---

<sup>61</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. p. 337.

<sup>62</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. p. 351.

<sup>63</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**.

<sup>64</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. p. 352.

parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los supremos Legisladores pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios, mientras que en otros sistemas jurídicos que no se los incorporan, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante. (HART, 1980).

Mas, Hart<sup>65</sup> aponta que “tal incorporación puede ser realizada por ley (*statute*), o, como en los Estados Unidos, por un documento o enmienda constitucional escritos”, ou, onde não houver tal documento escrito, “a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como un test de validez jurídica.”

Streck<sup>66</sup> supera o neoconstitucionalismo que representa, no entendimento esposado neste trabalho, apenas outro nome para positivismo moderno ou hartiano, apresentando uma necessidade de respeito maior à normatividade constitucional. É necessário romper com algo maior que o positivismo (moderno), que tem em sua base a discricionariedade (e o ativismo) no ato de interpretar/aplicar o texto normativo, agindo a partir de uma relatividade hermenêutica.

Tais falhas, discricionariedade e ativismo, decorreriam de uma forte aposta no “protagonismo judicial”, algo que passou a se chamar de Constitucionalismo Contemporâneo, através da construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição<sup>67</sup>.

#### **4. O alicerce teórico e pragmático do ativismo judicial: um neoconstitucionalismo que fere as premissas do Estado Democrático de Direito.**

Não há como confundir constitucionalismo com decisionismo. A superação do positivismo, oferecida pelo neoconstitucionalismo nada mais representa do que o enfraquecimento do texto constitucional, colocando o Judiciário na base do sistema, e não em paralelo com os demais poderes.

---

<sup>65</sup> HART, Hebert Lionel Adolphus. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Tradução de L. Hierro, F. Laporta e J. R. Páramo. Original inédito. 1980. Disponível em: <<http://davidgarciaivanegas.es.tl/Hart-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.htm>>. Acesso em: 05 de março de 2014.

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**.

<sup>67</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 37.

Muitos dos conceitos do neoconstitucionalismo partiram de uma ideia desfocada da lei, da regra, superando o positivismo (exegético), tendo assim, um grande ponto de interseção na teoria positivista de Hart, cujas colocações acima muito se assemelham à ponderação e à argumentação jurídica, verdadeiras “armas” do mencionado neoconstitucionalismo, mas que, como referenciou Streck<sup>68</sup>, é (está sendo) um perigo à Democracia.

Tais equívocos levam ao abuso da discricionariedade na solução das contendas postas no Judiciário e à ofensa ao Estado Democrático de Direito, dando base ao ativismo judicial ante a imposição da vontade do juiz, numa deturpada ou disfarçada ideia de construção e concretização dos direitos.

Esse posicionamento da jurisprudência, com o apoio da doutrina neoconstitucional (que, por vezes, fere a Lei e a Constituição), vêm dando passagem para a reprodução de decisões ativistas de outros Tribunais, replicando aquilo que deveria ser reprimido.

O pragmatismo está intimamente imbricado ao conhecimento adquirido ao longo da vida, que se restringe a fenômenos (acontecimentos) e esses, “por sua vez, ‘a consciência’ que desempenha um papel ativo e ‘fundamentante’, quer nas formas do conhecer, quer no tocante aos seus interesses”<sup>69</sup>.

Outro exemplo claro dessa situação e da adoção de caminhos pragmáticos, e que, é possível afirmar, gerou efeitos, ainda que indiretos, no entendimento analisado nesse estudo, foi o do conteúdo do julgamento, no STF, da reclamação 4.335/AC, onde, no entendimento de Streck (2012, p.53), “adentraram, assim, na discussão acerca do papel do direito e dos limites da ‘função corretiva’ da jurisdição (em especial, da jurisdição constitucional)”.

Denuncia Streck<sup>70</sup>, que a discricionariedade aplicada (pelos neoconstitucionalistas) no direito brasileiro e na forma de se decidir, supera aquela apresentada acima por Hart, mas ainda sim acreditam (os neoconstitucionais) que estão superando o direito formal-exegético<sup>71</sup> (mas somente ele), com um excessivo

---

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 48 e 51.

<sup>69</sup> MORA, Jose Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 21.

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 43.

<sup>71</sup> Mas somente ele, posto que não se superou o moderno positivismo, como se vê através da semelhança das teorias, mormente quanto à discricionariedade.

protagonismo do Poder Judiciário, fato que levou o direito pátrio às trevas do ativismo.

Nas palavras de Canotilho<sup>72</sup>, é possível ver a importância do respeito à normatividade dos dispositivos constitucionais, não podendo ser ignorado por qualquer dos poderes constituídos:

Uma constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (“constitutional essential”, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica, intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e contra a desconstrução moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações.

Streck<sup>73</sup> entende que para se atingir esse grau de respeito à normatividade da Constituição e da integridade de jurisdição ainda resta necessário um “redimensionamento na práxis político-jurídica”, com uma nova teoria das fontes, reformulação na teoria da norma e da interpretação, formando uma “blindagem” contra a discricionariedade e o ativismo.

Ou seja, em tempos de constitucionalismo, de um avanço na superação das amarras do positivismo não se pode aceitar mais a discricionariedade e o desrespeito à Constituição Federal, texto normativo que merece ser levado a sério, sob pena de subsidiar o ativismo e o um processo de diminuição dos demais poderes da federação.

### **Considerações finais**

O ativismo judicial tem sido um dos grandes responsáveis pela crise institucional entre os Poderes, considerando que o Judiciário, mais propriamente o STF, por vezes, vem arrematando para si as competências políticas do legislativo e do executivo.

---

<sup>72</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade: itinerários** dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 126.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 37.

Dentre os principais alicerces do ativismo, destaca-se o neoconstitucionalismo, equivocadamente adotado, constituído no Brasil por meio de uma importação de Teorias criadas pela e para a doutrina estrangeira.

Calcada nas lições de Alexy e Dworkin, a doutrina pátria e o Poder Judiciário, deturparam as teorias estrangeiras para facilitar a sua aplicação, e deixaram ao cargo dos (sentimentos dos) Juízes a conveniência para o respeito ou não do texto normativo, seja ele legal, seja ele constitucional.

Para tanto, em termos de Direito brasileiro, há um ordenamento constitucional avançado, a denominada Constituição Cidadã, que deve pautar a interpretação do intérprete.

A atuação interpretativa do STF, em alguns julgados, pode (e está) levando à produção de novos textos normativo-constitucionais ultrapassando e fazendo pouco dos limites semânticos dos textos normativos legais existentes, ou seja, atuando como um legislador constitucional disfarçado e, portanto, ilegítimo, antidemocrático.

O ativismo judicial no STF e sua replicação nas demais cortes, enfraquece a Constituição e desafia o Estado Democrático de Direito, influenciando diretamente no sentido do texto normativo, alicerçado, hoje pelo neoconstitucionalismo tal qual adotado, tão entusiasmadamente, pela doutrina nacional.

As Cortes nacionais estão demonstrando uma posição ativista sem qualquer tipo de limite interpretativo, não respeitando sequer os limites semânticos do texto constitucional, com fundamento numa idéia concretista desarrazoada, utilizando os Princípios constitucionais como um álibi para a discricionariedade neoconstitucional.

O neoconstitucionalismo tem servido para aumentar a discricionariedade, numa tentativa de superação do positivismo, sendo mola mestra para o cultivo de um sentimento de verdadeira ojeriza à Lei e ao Poder Legislativo, deixando o julgador com um amplo acesso ao uso da sua subjetividade, intitulado tal “técnica” de aplicação direta da Constituição, mas sem sequer observar que ela própria determina a obediência à legalidade (art. 1º, art. 5º, II, dentre outros).

Verifica-se, assim, que o neoconstitucionalismo é uma outra face do positivismo moderno, que, calcado em Hart e Kelsen, já apostava na liberdade interpretativa do Juiz superando apenas aquele positivismo exegético, com diferencial somente na Constituição como objeto de aplicação discricionária, tomando-se como pretexto a sua concretização, para invadir a competência política

dos demais poderes da federação, tornando-se um forte alicerce para o ativismo judicial, principalmente no Brasil.

## Referências das fontes citadas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Tradução de L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho de 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 18 de dezembro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários** dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DUARTE, Ecio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editora, 2012.

DUARTE, Ecio Oto. **Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional**. In: DUARTE, E. O.; DIMOULIS, D. (Coord.). **Teoria do Direito Neoconstitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.

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

FEDERAL, Supremo Tribunal. 2014a. **STF declara inconstitucionalidade de normas sobre número de deputados**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269475>>. Acesso em: 22/09/2014.

\_\_\_\_\_. 2014b. **Informativo 750**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo750.htm>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. 2014c. **Informativo 751**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. 2014d. **Informativo 752**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo752.htm>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **El nuevo desafío del positivismo jurídico**. Tradução de L. Hierro, F. Laporta e J. R. Páramo. Original inédito. 1980. Disponível em: <<http://davidgarcianegras.es.tl/Hart-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.htm>>. Acessado em: 05 de março de 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013

MORA, Jose Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia - Introdução de Ralph Christensen; Tradução Peter Naumann; Revisão da tradução Paulo Bonavides**. 4ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In FELLET, PAULA e NOVELINO M. (org.) et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas**. In: STEIN, E. STRECK, L.L (Org.) et al. *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. 4 ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo*. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; \_\_\_\_\_; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política no Brasil*, In VIANNA, Luiz Werneck et al, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.