

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **TEORIA CONSTITUCIONAL**

**ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR**

**VALTER MOURA DO CARMO**

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

#### **Diretoria - CONPEDI**

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

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

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

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

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

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

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

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

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

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

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

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

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

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

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

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

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

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

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

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

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçtiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-239-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria constitucional. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### TEORIA CONSTITUCIONAL

---

#### **Apresentação**

Frutos de estudos aprovados para o II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios?”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Com o título de “A (in)constitucionalidade do artigo 2º da Lei 12.352/2015 do Estado da Bahia em contrapartida ao que determina o artigo 236 da Constituição da República – o caso da ADI 4851/BA”, os autores Vivian Lacerda Moraes, Fernanda Netto Estanislau e Victor Vartuli Cordeiro e Silva analisam a compatibilidade ou não do dispositivo mencionado frente ao artigo 236 da Constituição, já que a Lei 12.352/2015 foi promulgada com o intuito de oficializar como notários e registradores pessoas que ocupavam esse cargo desde antes da promulgação da Constituição de 1988.

As autoras Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro, Camila Cavalcante Paiva e Antonia Georgelia Carvalho Frota investigam a possibilidade de despenalização do aborto no Brasil através da perspectiva da leitura moral apresentada por Ronald Dworkin no artigo intitulado “A leitura moral em Dworkin e o julgamento da ADPF 442: breves considerações sobre o pensamento de Dworkin e como este pode auxiliar na descriminalização do aborto no Brasil”.

Tiago Bruno Bruch aborda o “Controle de Constitucionalidade, Neoconstitucionalismo e Relativismo das Decisões Judiciais” em um estudo apresenta o modelo de garantismo jurídico como um contraponto a essa conjuntura, a partir de uma crítica à ampliação e abertura dos métodos interpretativos, rejeitando a fundamentação baseada nas convicções pessoais dos magistrados.

Em seguida, no artigo intitulado “Constitucionalismo e Tributação”, o autor Ricardo Ferreira Sacco analisa o aumento abusivo da carga tributária como sendo a principal causa que levou ao descontentamento e quebra da ordem legal na América Inglesa nos fins do século XVIII.

No estudo proposto por Bernardo Augusto da Costa Pereira no artigo “O Positivismo Jurisprudencial e a ampliação do uso de técnicas baseadas em Precedentes Judiciais: Reflexo Neoconstitucionalista” analisa acerca do desenvolvimento da doutrina constitucional no século XX, tratando acerca do positivismo jurídico, positivismo sociológico e positivismo jurisprudencial. Estuda o momento atual da teoria constitucional no Brasil e a nova postura do Judiciário frente ao neoconstitucionalismo, o qual se apresenta também através da judicialização de políticas e do maior ativismo judicial.

Em “Do Constitucionalismo Garantista a uma nova abordagem para a Judicialização da Política” de Sérgio Urquhart de Cademartori e Lucas Bortolini Kuhn propõem em seu artigo articular um novo ângulo de abordagem, tendo como espinha dorsal o constitucionalismo garantista, utilizando noções teóricas como a divisão do poder em funções de governo e garantia, bem como a conexão destas noções aos direitos fundamentais.

Com o título “A prioridade absoluta da criança diante da Reserva do Possível: considerações sobre o controle judicial” os autores Paulo Roberto Braga Junior e Ednilson Donisete Machado questionam como se dá a relação entre a prioridade absoluta diante da alegação da reserva do possível, concluindo que ao se invocar a reserva do possível, o Poder Público demonstra desconsideração à prioridade absoluta na elaboração dos orçamentos públicos, o que não deve ser aceito em sede de controle judicial.

Lucas Emanuel Ricci Dantas e Renato Bernardi tratam do tema “COVID-19 e a pessoa com deficiência asilada: a consagração do estado de coisas inconstitucional”.

“Uma análise teórica das medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia do COVID-19 no Brasil: quem decide, como decide e por quê?”, os autores Natan Figueredo Oliveira e Juraci Mourão Lopes Filho abordam o modelo constitucional do federalismo cooperativo e a atuação estatal no suporte fático do direito à saúde como solução e examinam decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para fixar medidas sanitárias que confirmam a solução proposta para o conflito.

Por fim, o texto “Projetos de iniciativa do Poder Legislativo à luz do Recurso Extraordinário nº 878.911-RJ” de Pablo Enrique Carneiro Baldivieso e Saul Carneiro Baldivieso analisa a possibilidade de criação de projetos de Lei de iniciativa parlamentar, que geram despesa ao

poder Executivo, especificamente em função da decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no RE 878.911-RJ, Tema 917.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: O artigo intitulado “COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA: A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONTISTUCIONAL” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da UENP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**O POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL E A AMPLIAÇÃO DO USO DE TÉCNICAS  
BASEADAS EM PRECEDENTES JUDICIAIS: REFLEXO  
NEOCONSTITUCIONALISTA**

**THE JURISPRUDENTIAL POSITIVISM AND THE EXPANSION OF THE USE OF  
TECHNIQUES BASED IN JUDICIAL PRECEDENTS: NEOCONSTITUTIONALIST  
REFLEX**

**Bernardo Augusto da Costa Pereira <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente artigo realiza uma análise acerca do desenvolvimento da doutrina constitucional no século XX, tratando acerca do positivismo jurídico, positivismo sociológico e positivismo jurisprudencial. Estuda-se o momento atual da teoria constitucional no Brasil e a nova postura do Judiciário frente a este novo paradigma, também denominado de neoconstitucionalismo, o qual se apresenta também através da judicialização de políticas e do maior ativismo judicial. Posteriormente objetivou-se verificar se a ampliação do uso de técnicas baseadas em precedentes judiciais sofre influência deste momento. Conclui-se que a ampliação de técnicas de precedente é um fenômeno que também é estimulado pelo paradigma neoconstitucionalista.

**Palavras-chave:** Teoria da constituição, Positivismo jurisprudencial, Neoconstitucionalismo, Precedentes judiciais, Poder judiciário

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article provides an analysis of the development of constitutional doctrine in the twentieth century, treating about legal positivism, sociological positivism and jurisprudential positivism. It is studied the current situation of constitutional theory in Brazil and the new attitude of the Judiciary towards this new paradigm, also called neoconstitucionalism, which presents itself also through the Judicialization of politics and greater judicial activism. After, it is verified if the increased use of techniques based on judicial precedents is influenced by this moment. It is concluded that the increase of precedents techniques is a phenomenon that is stimulated by the neoconstitucionalist paradigm.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional theory, Jurisprudential positivism, Neoconstitucionalism, Judicial precedent, Judiciary power

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará-UFPa. Professor de Direito do CESUPA e FACI. Advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo surgiu em virtude da importância de analisar o atual momento constitucional brasileiro e seu reflexo na ampliação do uso de técnicas baseadas em precedentes judiciais. Da mesma forma, é essencial estudar a evolução da doutrina constitucional no século XX, para entender o seu estágio atual. Inicia-se esta análise tratando do positivismo jurídico, o positivismo sociológico e por fim, o estágio do positivismo jurisprudencial, ressaltando suas características e disparidades em relação aos modelos anteriores.

É importante analisar como tal mudança de paradigma afetou e continuando influenciando o constitucionalismo brasileiro, que denota uma maior postura do Poder Judiciário, seja através da judicialização das políticas, seja por meio de sua postura proativa.

O objetivo geral deste trabalho, portanto, é analisar a evolução da doutrina constitucional no século XX, determinando as características de cada um de seus momentos, e como esta nova postura chegou ao Brasil, e de que forma afeta a teoria constitucional brasileira, e especialmente a postura do Poder Judiciário.

Por sua vez, o objetivo específico é verificar se e como o positivismo jurisprudencial, também chamado de neoconstitucionalismo, estimula o uso de técnicas baseadas em precedentes pelo Judiciário brasileiro.

Diversas técnicas de vinculação das decisões judiciais foram implementadas no país, tais como a súmula vinculante, a repercussão geral, entre outros tantos. O atual código de processo civil fortalece esta lógica em diversos momentos, privilegiando o respeito aos precedentes judiciais. É o que ocorre, por exemplo, quando cria o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Incidente de Assunção de Competência, e quando determina que os tribunais devam uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente (art. 927, CPC). Trata-se de momento mais que adequado para discutir de que forma o atual estágio da teoria constitucional brasileira estimula a ampliação e a aplicação de tais mecanismos.

Para corroborar o presente trabalho foi utilizada moderna doutrina estrangeira e nacional. Pretende-se, assim, que o presente artigo venha a auxiliar a comunidade jurídica ao tratar de tema de tão grande relevância, para o atual momento jurídico brasileiro.

## **2. O DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XX ATÉ A 2ª GUERRA MUNDIAL: O POSITIVISMO JURÍDICO E O POSITIVISMO SOCIOLÓGICO**

Inicialmente, cumpre apresentar a doutrina do positivismo jurídico, seus fundamentos e elementos principais de base teórica Kelseniana, bem como a relação entre Teoria do Direito e Teoria do Estado que levaram a mudança paradigmática em questão.

Posteriormente, será apresentada, sucintamente, a vertente do positivismo sociológico, com o fito de demonstrar a ligação histórica e teórica entre o positivismo jurídico e o positivismo jurisprudencial.

### **2.1. O POSITIVISMO JURÍDICO**

Primeiramente, é importante apontar que o positivismo jurídico engloba diversas teorias jurídicas, que não existiram apenas no século XX. Autores considerados positivistas jurídicos exerceram e ainda exercem grande influência.

O positivismo jurídico foi influenciado pela exacerbação da razão, de caráter iluminista e científico, levando a superação do modelo anterior, jusnaturalista. Com isto, a visão de que o direito positivo é a verdadeira forma de produção jurídica, advinda exclusivamente do Estado passou a imperar. Retirou-se a importância de elementos extrajurídicos, ou seja, históricos, filosóficos, que não mais deveriam exercer influência no direito, e nem no próprio Estado.

Pedro de Vega Garcia (1998, p. 69) aponta corretamente que:

Tomando como punto de partida la inexorable depuración metodológica de los elementos políticos, sociales, históricos y filosóficos que habían condicionado has entonces la exposición de la Teoria del estado, aspiro el positivismo a la construcción de la Teoria del Estado forjada única y exclusivamente desde el razonamiento jurídico (...)

Trata-se de doutrina que objetiva remover das normas jurídicas, também, seu caráter moral, fornecendo importância exclusiva para as normas de direito positivo, produzida exclusivamente pelo próprio Estado. Busca ser uma doutrina atemporal, abstrata, avaliativa, que viria a ser aplicada de forma igual para todos os jurisdicionados, e assim alcançando uma verdadeira segurança jurídica nas relações existentes.



Todavia, outro elemento importante deve ser considerado, qual seja, a confusão entre Estado e Direito. Uma vez que o Estado era detentor do monopólio legislativo, sendo, portanto, fonte do direito público, e considerando que a legislação estatal seria a única fonte jurídica válida, o próprio Estado se torna a personificação do ordenamento jurídico. E este último ponto merece atenção, vez que para tal, o próprio Estado necessita ser um sujeito de direitos e obrigações, ou seja, necessita de personalidade jurídica.

Pedro de Vega Garcia (p. 70-73) afirma que Jellinek pretendia a criação de uma teoria jurídica do Estado cujas premissas essenciais seriam três. Primeiro a positividade do direito nas mãos do Estado. Segundo, esta positividade estatal seria alcançada através do monopólio legislativo. Por fim, a consagração do dogma da personalidade jurídica estatal, sendo sujeito de direitos e obrigações, e alcançando, assim, o status de soberano.

A questão que se colocou, então, foi: como o Estado, soberano, se submeteria a suas próprias leis? Três soluções podem ser dadas. Primeiro, a existência de um direito superior, natural, algo que não poderia ser aceito sem contrariar a teoria positivista. Segundo, o Estado poderia ser desvinculado de suas leis, mas isto seria algo profundamente perigoso. Por fim, a solução dada foi a criação de uma teoria que limitasse o próprio Estado.

Ocorre que tal situação gerou uma incongruência metodológica com as bases positivistas. Se o Estado tem o dever de autolimitação, ele recorre a uma ética Kantiana, que passa a fundar o sistema estatal e jurídico.

Contra esta posição, Hans Kelsen (2012, p. 310) defende que o Direito é que tem a soberania, e não o Estado. Kelsen é um grande expoente do positivismo jurídico, mas é importante frisar que não é o único<sup>1</sup>. O que ocorre é que estando mais próximo dos debates de Teoria do Estado e Teoria do Direito, além de sua teoria ter exercido maior influência no Brasil, ele se tornou um expoente no país.

Conforme Kelsen (2012, p. 70-71), o Direito se diferencia da moral, uma vez que o primeiro é concebido como uma ordem de coação, ou seja, prescreve determinado comportamento, que caso não seguido permite o emprego de uma coação socialmente organizada e aceita. A moral, por sua vez, não possui sanção: caso sua norma seja descumprida apenas haverá a aprovação ou desaprovação da conduta, sem emprego de ato coativo estatal.

---

<sup>1</sup> Pode-se citar, por exemplo, Herbert Hart, importante teórico do direito de matriz positivista.

Kelsen (2012, p. 75) rejeita, em sua concepção de direito, como uma teoria pura, ou seja, que objetiva conhecer e descrever a ordem jurídica, que o Direito deve ser Moral. Segundo ele, isto significaria dizer que há uma moral absoluta aceita por todos, o que não é o caso. Neste ponto, se observa claramente que não seria possível defender uma moral Kantiana como base da teoria estatal. Todavia, reconhece que é possível que a norma jurídica seja considerada moral, a partir de valores relativos (moral relativa), mas combate que esta característica seja relevante para a obediência à norma.

Enquanto a Moral fornece uma valoração ao objeto (a partir de uma moral relativa), o Direito deve, como teoria pura, descrever e conhecer este objeto. Desta forma, o Direito não pode ser considerado moral, já que isto se embasaria em uma moral absoluta, inexistente.

Portanto, Kelsen reconhece que o Direito pode ser moral, mas que isto não é característica vinculante para a obediência das normas, pelo contrário, as normas devem ser obedecidas, independentemente de serem consideradas morais ou não. A moral pode fazer parte da norma jurídica, todavia não possui papel decisivo para sua aplicação.

A ciência do Direito tem a função de conhecer o Direito e descrevê-lo. Este direito, por sua vez será produzido pelos órgãos estatais. Inicialmente é papel da Ciência do Direito conhecer e descrever o direito, para que, posteriormente, este conhecimento seja usado para a produção de normas jurídicas. Ou seja, a Ciência do Direito tem um papel inicial, que culminará com a produção da norma jurídica, a qual, por sua vez, deverá ser descrita e conhecida. A ciência jurídica conhece e descreve a norma existente (KELSEN, 2012, p. 79).

O positivista concebe a validade na Teoria Pura do Direito, defendendo que o fundamento de validade de uma norma advém da validade de outra norma, ou seja, que a norma inferior, encontra respaldo em uma norma superior. Contudo, Kelsen observa que não se pode ter referências infinitas a normas superiores; ele defende que esta norma mais elevada, não é posta, nem criada pelos homens.

Se o fundamento de validade de uma norma é a norma superior, necessariamente deve ser observado como surgiu a primeira norma, a mais elevada, que ele define como norma fundamental. Esta não é fruto da criação humana, mas sim pressuposta, já que a criação desta norma fundamental não pode ser criada, devido a inexistência de norma anterior, que delegue competência para criá-la. A norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas jurídicas do ordenamento (KELSEN, 2012, p. 221-224).

Percebe-se que com Kelsen, o centro gravitacional deixou de ser o Estado, e passou a ser o Direito. A relação ainda existe, com o Estado sendo detentor da norma jurídica, contudo,

o direito ganha preponderância e passa a influenciar a própria Teoria do Estado, e não mais o contrário. Isto é decorrência da própria posição adotada pelo autor.

Kelsen (2012, p. 353) é veemente ao tratar do tema:

Esta superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias de legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela Teoria Pura do Direito.

Pedro de Vega Garcia (1988, p. 74-75), ao tratar dessa mudança de paradigma, afirma que o positivismo jurídico tinha se refugiado em uma Teoria Geral do Estado abstrata e atemporal, o que permitiu ocultar os problemas políticos e sociais da época e também manter a visão de um Estado Constitucional conforme concebido pelas Revoluções Burguesas. O autor vai além:

(...) De alguna manera lo que hace Kelsen es reaccionar contra esse doble adandono. Es verdade que su teoria pura del Derecho y del Estado sigue assentándose em términos e abstracción y atemporalidade, y que su concepción de la democracia como método y como respeto de las reglas de juego de los distintos intereses sociales, continúa apareciendo como una doctrina avalorativa y neutral. Pero no lo es menos que sus retificaciones a a lógica jurídica del positivismo clásico (...), y la eliminación arbitraria de las identidades entre Pueblo y Estado, le iban a permitir convertirse em pioneiro y protagonista de ese singular cambio histórico (...)

## 2.2. O POSITIVISMO SOCIOLOGICO

É importante situar a expressão título deste sub tópico, vez que se trata de termo pouco difundido. Positivismo sociológico é uma expressão utilizada por Pedro de Vega Garcia (1988, p. 75), no intuito de demonstrar um rompimento com a postura positivista jurídica, no momento em que relega a um segundo plano as considerações jurídicas, dando maior ênfase à realidade histórica. Tal momento iniciou-se com a Constituição de Weimar de 1919 e finda com o constitucionalismo advindo do pós 2ª Guerra Mundial.

Como em diversos momentos históricos, pode-se perceber que ao ocorrer o rompimento de determinada teoria, há uma tendência do oposto se instaurar. E é exatamente nessa linha de raciocínio que o positivismo sociológico vem refutar as bases teóricas do positivismo jurídico, e do próprio Estado Constitucional Liberal.

Muitos dos Estados Totalitários que surgiram, tais como o Nazista de Hitler e o Fascista de Mussolini, não romperam com as bases jurídicas da época. Todavia, durante seus tais regimes ocorreu algo diferente. Surgiram diversas teorias que apoiavam o Estado Totalitário, pregando a modificação do direito para que este se adequasse a aquele. Não era o regime que deveria se adequar ao padrão jurídico constitucional, mas sim o contrário. Pedro de Vega Garcia (1988, p. 77) trata do momento em questão:

Para proceder a la aniquilación del Derecho Constitucional, los totalitarismos fascistas supieron aprovechar y servirse en astucia de la atmosfera cultural y política de Weimar que representando sin duda, por un lado, el momento más lúcido de la discusión doctrinal del constitucionalismo moderno, constituyó, por otro, el punto crítico y negador más rotundo de las seguridades ofrecidas por la dogmática del positivismo jurídico clásico (...)

Três linhas doutrinárias se desenvolveram no período em questão, que vieram a causar impacto posterior (GARCIA, p. 78-80). A primeira acaba por produzir elementos teóricos próximos da doutrina clássica do direito público, e com o passar do tempo, apoiados nas ideias Kelsenianas de formalismo, convertem a doutrina constitucional em uma teoria de fontes jurídicas.

A segunda linha teórica, vertente do positivismo sociológico, cujo expoente maior foi Carl Schmitt, pregava a necessidade de contrapor a realidade histórica ao Estado Constitucional e sua prática política, para assim, superá-lo. Desta forma, conseguindo enfraquecer o Estado Constitucional e suas instituições, seria possível negar as suas bases teóricas e construir um novo modelo de Estado, baseado no decisionismo e nas formas plebiscitárias típicas do Estado Totalitário Alemão<sup>2</sup>. Isto fica bastante claro no seguinte trecho, onde Carl Schmitt (1998, p. 249) defende que:

Sólo mediante el cotejo de tales disposiciones se puede percibir la posición característica del Presidente del Reich según la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema- construído sobre fundamentos plebiscitarios – de neutralidade e independência respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida em que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal

---

<sup>2</sup> Muitas vezes é dito que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen serviu para embasar o Nazismo, vez que pregava a separação da Moral e do Direito. É importante esclarecer que o teórico que, de fato, construiu bases teóricas mais consistentes para o desenvolvimento do Nazismo foi Carl Schmitt, sendo, inclusive, membro do partido Nacional-Socialista. Frise-se que não se tratava de uma teoria criada especificamente para a justificação do Nazismo, mas era uma teoria do Estado apta a manter o regime totalitário.

funcionamento del Estado legislativo (...) Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya um protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich (...)

Há, por fim, uma terceira vertente teórica, a qual defendia a ideia de Constituição, embasados do democratismo político, ao proteger os valores e princípios constitucionais, e no antiformalismo científico, negando o caráter absolutamente científico do positivismo jurídico. Trata-se de vertente bastante ampla, com diversos teóricos que pregavam desde uma postura mais radical dos elementos sociais, até um radicalismo contrário, passando por uma posição intermediária, a qual pregava uma integração dos elementos jurídicos e fáticos.

### **3. POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO**

Nesta seção passa-se a tratar do momento posterior ao fim da 2ª Guerra Mundial, o surgimento de uma nova visão da teoria constitucional no século XX, pautada em novas bases teóricas. E também, como esta visão surgiu e se desenvolveu no Brasil.

#### **3.1. O SURGIMENTO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO**

Com o final da 2ª Grande Guerra ficou provado, por meio dos regimes totalitários, de que a lei poderia ser utilizada de forma contrária aos princípios de justiça, e bem estar social. Tais princípios começaram, então, a serem incutidos nas Constituições, as quais passaram a ter como característica uma maior rigidez, não podendo ser alteradas pela legislação ordinária. Da mesma forma se fortaleceu a Jurisdição Constitucional. Marinoni (20121, p. 67-68) afirma que:

A lei passa a encontra limites e contornos nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos À lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

De fato, Pedro de Vega Garcia (1998, p. 85) aponta duas características marcantes dessa nova visão constitucionalista, quais sejam, o desenvolvimento de técnicas e mecanismos com a função de controlar e racionalizar o poder, e o estabelecimento e universalização de um

constitucionalismo rígido. Tais características permitiram que a Constituição ganhasse um verdadeiro valor normativo, com a mesma validade e eficácia que os outros preceitos jurídicos, e o surgimento de princípios jurídicos constitucionais dotados de força normativa, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição passa a ser considerada o topo do ordenamento jurídico dos países, um conjunto de normas superiores e de aplicação imediata, capaz de vincular todos os Poderes do Estado. Passa a possuir elementos morais, princípios com forte carga axiológica, além de conceitos jurídicos indeterminados. Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 313) aponta que:

A partir de então surge um novo constitucionalismo, de orientação humanista, que busca o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, sem admitir qualquer espécie de discriminação e sem excluir qualquer direito fundamental, considerando o ser humano, concomitantemente, tanto e sua dimensão individual quanto social (...)

Com o aumento da força e importância jurídica da Constituição, aumenta, naturalmente, a importância concedida ao seu intérprete, o Poder Judiciário, e especialmente o Tribunal Constitucional ao exercer o controle de constitucionalidade. E neste ponto é necessário cautela.

O aumento do Poder do Judiciário, e especialmente da Corte Constitucional acaba por permitir que a Constituição seja determinada pelo Judiciário. A Corte Constitucional passa a definir os limites e contornos constitucionais, podendo inclusive alterar seu conteúdo, sob a justificativa de interpretação da norma suprema. Desta forma, o Direito Constitucional passa a ser definido não mais pelo legislador ordinário, mas em última análise, pelo próprio Poder Judiciário.

Consequentemente, não há mais necessidade de um campo de debate político para a definição do alcance constitucional. Dominique Rousseau (1990, p. 18) chega a afirmar inclusive que “la logique du travail juridictionnel fait de la Constitution non plus un acte fermé, clos, mais un espace ouvert à la création continue de droits”

Eis a razão da expressão positivismo jurisprudencial também ser utilizada para designar este novo momento, vez que a jurisprudência passa a ser utilizada como a própria norma positiva, vez que possui, inclusive, maior força jurídica, por já ter passado pelo crivo

jurisprudencial. Neste sentido, não há dúvida que a teoria dos precedentes judiciais assume importante relevância.

É possível, inclusive, criticar a concepção de constituição rígida. Uma vez que é necessária a mera modificação de interpretação acerca de determinada norma constitucional para que haja uma alteração jurídica do alcance da própria norma, é possível defender a flexibilidade da constituição, especialmente caso o uso das técnicas de precedentes, que garantem maior congruência nas decisões, não seja bem feito. Vislumbra-se uma espécie de Poder Constituinte permanente.

Pedro de Veja Garcia (1998, p. 87), aponta, de forma crítica, uma incongruência própria desta nova visão constitucional:

Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, em el único criterio legitimador de la vida pública. Pero de trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales em los que debería de encontrar su fundamentación, tiene que buscar em sí misma y em su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia (...)

Fica bastante claro, portanto, que a Constituição passa a ser interpretada de forma diversa, razão pela qual alguns doutrinadores consideram verdadeira quebra de paradigma, nomeando tal momento de Neoconstitucionalismo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 315):

Aí esta o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neoconstitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa humana, concebida individualmente ou na sua vida associativa. Naquilo que lhe diz respeito direta ou indiretamente, pela simples circunstancia de ser uma pessoa humana (...)

Na mesma linha, Eduardo Cambi (2011, p. 29):

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter *transformador* das Constituições modernas, pois, como *utopias de direito positivo*, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais (...) (grifos do autor)

Entendidos os aspectos básicos deste novo momento constitucional, é importante verificar como ele surgiu e se desenvolveu no território brasileiro, lembrando que as características supracitadas também se apresentam no Brasil.

### **3.3. A RECEPÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL**

O Neoconstitucionalismo não poderia surgir no Brasil até o final da Ditadura Militar. Da mesma forma que na Europa, onde esta nova visão constitucional se contrapôs a regimes totalitários o mesmo ocorreu no Brasil. Todavia, é importante perceber que não foi uma instalação imediata, e sim uma construção. A Constituição da República de 1988 permitiu o surgimento do neoconstitucionalismo, mas, por si só, não o esgota. A própria expressão positivismo jurisprudencial denota certos aspectos de doutrina neoconstitucionalista, conforme já analisado, apenas dando maior ênfase para alguns aspectos. Daniel Sarmiento (2013, p. 85) aponta que:

O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas (...)

De fato, diversos outros fatores contribuíram e ainda contribuem para o desenvolvimento desta visão constitucional. Um deles é o desenvolvimento da teoria acerca da eficácia imediata da norma constitucional, a qual passou a afetar a realidade de forma imediata, sem a necessidade de regulamentação legislativa. Isto denota a concepção da norma constitucional como efetivamente jurídica, e aplicável da mesma forma que a legislação ordinária.

Outro elemento de extrema importância foi o desenvolvimento doutrinário e a recepção por parte do Judiciário das teorias jurídicas pós positivistas, especialmente as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e de forma específica, a teoria acerca das normas jurídicas. Ambos os autores advogam a existência de princípios jurídicos, normas de caráter mais abstrato que possuem força jurídica.



Na verdade, a importância da análise acerca de princípios jurídicos é tão grande no Direito brasileiro atual, que diversas noções são ensinadas nos primeiros momentos dos cursos de graduação em direito e aprofundadas no decorrer do curso. Da mesma forma, é perceptível a grande quantidade de artigos jurídicos e trabalhos acadêmicos que versam, ao menos superficialmente, acerca do tema.

Entre os princípios jurídicos mais aplicados estão os da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana. O problema é que muitas vezes tais preceitos são aplicados de forma incorreta, ou sem o cuidado mínimo, permitindo que qualquer decisão seja tomada. Isto permite que membros de um órgão colegiado decidam de forma diversa, fundamentando seu posicionamento do mesmo princípio jurídico.

Tais princípios precisam ser aplicados de forma consciente, e embasados em robusta argumentação jurídica. Quanto mais abstratos forem os princípios, característica imanente deste padrão jurídico, maior deve ser o esforço do órgão jurisdicional em termos de fundamentação. O próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, §1º, II, considera não fundamentada qualquer decisão judicial que empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso concreto.

Outro elemento que pode ser apontado como estimulador desta nova realidade é a descrença popular no Legislativo, marcado por diversos escândalos de corrupção. Com a perda do apoio popular, o Poder Legislativo perdeu força e legitimação social. Na verdade, este descrédito é extensivo a todos os políticos, incluindo aqueles do Poder Executivo. Desta forma, o Poder Judiciário passa a gozar de maior apoio popular, especialmente quando suas decisões seguem a opinião geral.

É preciso compreender, portanto, que diversos fatores favoreceram o surgimento e o atual desenvolvimento deste positivismo jurisprudencial ou neoconstitucionalismo. Todavia, o mais importante é a aplicação prática desta doutrina, que também se concretiza através das decisões judiciais tomadas. Desta forma, é essencial analisar a nova postura, mais ativa, que o Judiciário brasileiro adotou, com base nestes novos postulados constitucionais.

#### **4. A NOVA POSTURA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL E A AMPLIAÇÃO DO USO DOS PRECEDENTES**

Na época da Revolução Francesa, Montesquieu (2010, p.172) desenvolveu a sua célebre teoria de separação dos poderes, na qual reduziu o Judiciário a um poder quase nulo,

em relação ao Executivo e Legislativo, cuja função seria a de apenas repetir a lei produzida pelo parlamento, seria a boca da lei.

Montesquieu (2010, p. 170) é bastante claro ao afirmar que “(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que não sejam jamais senão um texto preciso da lei (...)”. Não se vislumbra em sua teoria espaço para a interpretação judicial.

Atualmente, a postura do Judiciário brasileiro é muito diferente, sendo, inclusive, estimulada a interpretação judicial, decisões fundamentadas em princípios constitucionais, e o uso da técnica da ponderação ou sopesamento, a qual muitas vezes é mal aplicada. Marcelo Neves (2013, p. 171) explica que:

No final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípio, uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras. Esse fascínio poderia ser associado simplesmente aos processos de democratização e constitucionalização que, no último quartel do século XX, ocorreram na América Latina em geral e no Brasil, em especial após um período de regimes autoritários (...)

Como normas abertas que são, os princípios jurídicos, requerem um maior esforço interpretativo para terem seus conteúdos delimitados, e quanto maior é a importância da interpretação, maior é a importância do intérprete.

Luís Roberto Barroso (2013, p. 227-228) aponta o papel de destaque do Judiciário, ao ensinar que:

(...) No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além e impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia do judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Entre as consequências desta nova postura, pode-se citar a judicialização da política e o ativismo judicial. A judicialização da política é uma expressão que pretende demonstrar que questões políticas, tradicionalmente debatidas pelos representantes eleitos pelo povo, passam a ser decididas em última análise pelo Judiciário, órgão contra majoritário, cujos membros não são definidos por meio de uma eleição.

Exemplo comum de judicialização de questões políticas é a que ocorre quando se discute direito à saúde. Entre os temas debatidos, encontra-se a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa do Ente público, a reserva do possível e o mínimo existencial. Note-se que, em tese, é papel da Administração Pública definir o montante financeiro a ser revertido para a Saúde Pública. Apesar disto, o Judiciário, muitas vezes, determina a concessão de remédios, tratamento fora de domicílio, internações e cirurgias, o que acaba por afetar o orçamento público.

Entre tantas outras situações de relevância política já discutidas perante o Supremo Tribunal Federal estão: pesquisa com células tronco-embrionárias (ADI 3105/DF), sopesamento entre a liberdade de expressão e racismo (caso Ellwanger- HC 82424/RS), ações afirmativas (ADI 3330), vedação ao nepotismo (ADC 12/DF), interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF).

Por sua vez, o ativismo judicial, conceito de difícil delimitação, denota a participação proativa do poder Judiciário com o fito de concretizar os princípios e valores constitucionais, assumindo destaque ainda maior nos casos de controle de constitucionalidade. Trata-se de fenômeno mais amplo que a judicialização de temas políticos, que também denota um ativismo judicial. A aplicação direta da norma constitucional, característica típica do neoconstitucionalismo, não deixa de ser uma demonstração desta postura, a qual dificilmente seria adotada em qualquer viés do paradigma positivista.

Entendida esta nova postura, fica ainda mais clara a razão de também denominá-la de positivismo jurisprudencial, e sua origem. Neste sentido, a lição de Luís Roberto Barroso (2013, p. 234) é pertinente:

A Judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, 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, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (...)

Durante a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que ainda assola o mundo em 2020, houve uma ampliação no número de demandas judiciais versando não apenas sobre tratamentos médicos e internações, mas também sobre pedidos de *lockdown* e fechamento de estabelecimentos privados e públicos. As questões de judicialização de políticas e ativismo judicial nunca ficaram tão visíveis.

Com a ampliação das decisões judiciais em questões políticas relevantes, o maior número de demandas sendo propostas, e a nova visão constitucional, o papel da jurisprudência tende a ser potencializado, passando a servir inclusive como uma norma, com influencia superior à própria lei. Neste cenário, a necessidade de ampliar a eficiência dos julgamentos para cumprir a função jurisdicional concede ainda mais importância aos precedentes judiciais.

Com a importância cada vez maior atribuída ao Poder Judiciário, a maior quantidade de demandas propostas e a maior atenção popular, típicas do paradigma positivista jurisprudencial, se faz necessário uma maior celeridade no julgamento das demandas.

Para tanto, nos últimos anos diversos mecanismos tem sido introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, baseado em técnicas de precedentes judiciais, para alcançar tal objetivo. Pode-se citar, entre outras, a súmula vinculante, a repercussão geral. O atual Código de Processo Civil amplia ainda mais a importância destas técnicas típicas do sistema do *Common Law*.

O uso da jurisprudência, como fonte do direito altamente persuasiva e até mesmo obrigatória é característica marcante do positivismo jurisprudencial, assim como a busca pela igualdade e segurança jurídica das decisões. Trata-se de fenômeno presente em todas as profissões jurídicas, sejam os aplicadores advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, ou magistrados dos mais diversos graus de jurisdição.

Elísio Bastos (2009, p. 168), aponta mecanismos em prol desta busca por igualdade no caso da Jurisdição Constitucional brasileira:

No Brasil, buscou-se, validamente, obter efeitos similares aos alcançados pela regra do precedente mediante dois mecanismos: possibilidade da extensão dos efeitos das decisões judiciais proferidas o controle difuso por meio da participação do Senado Federal, e a possibilidade de exercício, por certas autoridades e em face de determinadas circunstâncias, do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, com possibilidade natural de extensão dos efeitos da decisão proferida para todos os jurisdicionados.

Especificamente acerca do primeiro ponto tratado pelo referido autor, é importante salientar posição doutrinária e jurisprudencial, inclusive do STF, que afirma ser desnecessária a atuação do Poder Legislativo para a concessão de efeito *erga omnes* para decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade. É a doutrina da abstrativização do controle difuso. Defende-se, inclusive, que a simples decisão do Supremo Tribunal Federal, possui caráter vinculante.

Essa clara ampliação das funções do Poder Judiciário é uma demonstração do paradigma positivista jurisprudencial, ao estimular o uso das decisões judiciais como base jurídica para novas decisões. Deste modo, pode-se afirmar que as bases do positivismo jurisprudencial estimulam o uso de técnicas de vinculação das decisões judiciais, vez que são considerados mecanismos aptos para (tentar) suprir a demanda jurisdicional, cada vez maior.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após o presente estudo, é possível verificar que o paradigma neoconstitucionalista estimula, sim, o uso de técnicas baseadas na doutrina do precedente judicial.

Analisando a evolução da teoria constitucional no século XX, através das vertentes do positivismo jurídico, positivismo sociológico e positivismo jurisprudencial, é possível perceber claramente a alteração das bases teóricas empregadas em tais momentos. No positivismo jurídico pretendeu-se retirar o caráter moral das normas jurídicas, que passaram a ser concebidas apenas através do direito legislado, criado pelo próprio Estado, o qual passou a ser considerado sujeito de direitos e obrigações. Já o positivismo sociológico vem refutar as bases teóricas do positivismo jurídico, e do próprio Estado Constitucional Liberal, elevando a realidade a valor supremo, que passaria a influenciar o ordenamento jurídico.

Por sua vez, o positivismo jurisprudencial eleva a Constituição ao ápice das normas jurídicas, permitindo a inclusão e utilização de normas com caráter abstrato e moral. Neste momento, o Poder Judiciário, como intérprete da Constituição, ganha um maior destaque. Trata-se de postura presente no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, que pode ser vislumbrada facilmente através da ampliação do uso de princípios jurídicos, tanto na seara prática, por meio de decisões judiciais fundamentadas em tal padrão jurídico, como na esfera acadêmica, por meio do crescente número de trabalhos acerca do tema.

A postura do Judiciário brasileiro é fortemente afetada pelas novas bases teóricas adotadas por tal paradigma, sendo exemplo disto, a judicialização das políticas e o ativismo judicial. Nesta mesma linha, as técnicas baseadas em precedentes, permitem, em tese, a solução em tempo hábil de um maior número de casos propostos perante o Judiciário, o qual, também devido a sua postura mais proeminente, em face dos outros poderes, passou a ser mais acionado.

Portanto, é possível afirmar que a necessidade de maior celeridade no julgamento das lides apresentadas, que aumentaram em quantidade, dada a nova postura judicial, estimulam a

criação e aplicação dos precedentes judiciais, vistos como possível solução para satisfazer esta crescente demanda.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In. FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A garantia jurisdicional da constituição brasileira: análise e propostas para seu aprimoramento*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCÍA, Pedro de Veja. *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. Teoría y realidad constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, n. 1, 1. Sem, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROUSSEAU, Dominique. *Une r surrection: la notion de Constitution*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l' tranger*, 1990, Paris, LGDJ, n. 1, jan./fev. 1990.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In. FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2 ed. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1988.