

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

LORENA DE MELO FREITAS

MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-419-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia.

XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro “Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico” é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

O referido GT foi proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e nesta ocasião copresentadora e membro da coordenação deste Grupo por ocasião deste XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília, e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Neste encontro os professores Doutores Carlos Alberto Simões de Tomaz (Fundação Universidade de Itaúna – UIT), Maurício Dalri Timm do Valle (Universidade Católica de Brasília) e Lorena de Melo Freitas (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE/PNPD e UFPB) coordenaram os trabalhos no grupo.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo em conta o tema central do evento, qual seja: “Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, mas sempre fazendo uma aproximação sob a perspectiva do pragmatismo, realismo jurídico e/ou teorias com foco na questão da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, porém os doze artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

Os primeiros quatro artigos têm em comum a centralidade em torno de um autor-objeto de pesquisa, assim, o livro permite perpassar aspectos dos pensamentos de Aulis Aarnio, Benjamin Cardozo, Ronald Dworkin, Sam Harris e Manoel Atienza. Em seguida temos três artigos com objetos afeitos ao debate de categorias teóricas centrais ao direito, quais sejam, validade, vigência, eficácia, raciocínio e método no direito. Já a parte final tem uma

característica mais empírica, nela encontramos cinco artigos que analisam problemas jurídicos atuais mas com referência à casos, decisões ou simplesmente a perspectiva de abordagem dos temas têm a delimitação em torno que objetos pautados na realidade.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por apenas apresentar a disposição dos artigos em seus aspectos identitários, mas sem pormenorizar um detalhamento de cada tema por inspiração na própria proposta de John Dewey, um dos expoentes do pragmatismo e realismo jurídico, cujo pensamento tem como categorias centrais a interação e a continuidade.

Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Prof^a. Dr^a. Lorena de Melo Freitas (UFPB)

Prof. Dr. Maurício Dalri Timm do Valle (UCB)

Brasília, julho/2017

O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

THE NEOCONSTITUTIONALISM AND THE PROTAGONISM OF THE JUDICIARY IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES.

Erildo Simeão Camargo Lemos Junior

Resumo

O presente trabalho pretende apresentar o neoconstitucionalismo e o protagonismo do poder Judiciário perante as políticas públicas. O neoconstitucionalismo garante ao judiciário certa flexibilidade na tomada das decisões, fruto da interpretação subjetiva e a aplicação dos princípios nos casos concretos. Os problemas das demandas judiciais referentes à saúde impactam sobremaneira no controle das políticas públicas haja visto o orçamento limitado e o alto custo de tratamentos e medicamentos, por vezes importados. Neste mister, questiona-se a aplicação do neoconstitucionalismo, e se foi corretamente interpretado pelos legisladores brasileiros ao aplicá-lo no país, pois possui legislação distinta da européia.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Políticas públicas, Interpretação, Protagonismo, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The work intends to present the neoconstitucionalismo and the protagonism of the Judiciary power in front of the public policies. Neo-constitutionalism guarantees the judiciary some flexibility in decision-making, resulting from subjective interpretation and application of the principles in concrete cases. The problems of lawsuits related to health impact greatly in the execution of public policies since there has been a limited budget and high cost of treatments and medicines, sometimes imported. In this question, the application of neoconstitucionalismo is questioned, and if it was correctly interpreted by the Brazilian legislators when applying because it has legislation distinct from the European.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Public policies, Interpretation, Protagonism, Judicial activism

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objetivo estudar o neoconstitucionalismo, que surge no Brasil, oriundo da Europa, sendo ele concretizado com a promulgação da Constituição Federal em 1988, caracterizando uma mudança na doutrina jurídica pátria. Tal doutrina possui como características principais: a constitucionalização do direito; o foco do direito constitucional e nos princípios fundamentais de direito; o retorno da retórica entre o direito e a moral; e a judicialização das relações sociais e da política. Neste sentido, o presente trabalho estudará o neoconstitucionalismo nas crescentes demandas judiciais e o protagonismo do poder judiciário na efetivação de políticas públicas, consideradas deficitárias, com o propósito de garantia dos direitos fundamentais, no direito à saúde.

O presente tema tem grande destaque no cenário nacional devido ao ativismo judicial para garantir os serviços negligenciados pela Administração Pública, obrigando os magistrados a assumirem um função política como garantidores de políticas públicas ineficientes e insuficientes. Tais decisões impactam no planejamento orçamentário causando um desequilíbrio e ressalvas do Poderes Legislativo e Executivo perante a interferência do Judiciário nesta esfera.

Neste estudo questiona-se a aplicação do neoconstitucionalismo no Brasil e a atuação do Judiciário para o controle e a efetivação de políticas públicas, e qual o critério usado pelos julgadores, particularmente do Supremo Tribunal Federal. Em uma primeira hipótese, a solução é a correta atuação do Poder Judiciário na políticas públicas, frente a total omissão do Estado, em concretizar um direito fundamental. Em uma segunda hipótese, o ativismo judicial na garantia e controle de políticas públicas, interfere de forma contrária da estabelecida pelo Estado, porque normalmente extrapola o orçamento destinado para a política pública da saúde.

Para isso, será apresentado neste artigo em um primeiro momento o Neoconstitucionalismo, suas peculiares e características, a teoria do direito emanada dele, a sua aplicabilidade atual. No segundo momento será analisado no presente artigo o Neoconstitucionalismo nos dias atuais e suas repercussões nas decisões judiciais, especialmente em decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e sua eficácia expansiva que, por vezes, transpassa seu poder emanado da Carta Magna, avançando seu papel constitucional e invadindo a esfera de atribuições de outro Poder, particularmente o Legislativo. Por derradeiro, em um terceiro momento será apresentado o protagonismo do

Judiciário na efetivação e controle das políticas públicas e seus impactos positivos e negativos.

Por fim, o presente trabalho empregará a metodologia da pesquisa bibliográfica, mediante a verificação e estudo dos principais autores do neoconstitucionalismo e do protagonismo do Poder Judiciário, a questão jurídica-orçamentária, algumas decisões referente ao assunto em estudo e suas conseqüências no controle das políticas públicas.

2.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Cabe destacar inicialmente que não há um conceito definido sobre o que é o neoconstitucionalismo, tampouco existe uma uniformidade na doutrina sobre o próprio nome, conforme Streck: “a adoção do nome jûris ‘neoconstitucionalismo’ certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal entendidos” (STRECK, 2011, p.11).

A terminologia neoconstitucionalismo, conforme Siqueira Júnior, significa o conjunto de transformações, surgida após a 2ª Guerra Mundial, que empregam a aplicação normativa, o estudo, a interpretação e a dinâmica, com reflexos na compreensão do sistema jurídico, que culmina em um novo paradigma jurídico (SIQUEIRA JR, 2015, p.119).

Também chamado de novo constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, é uma postura jusfilosófica que defende a inexistência de uma distinção entre direito e moral. Esta nova compreensão da Constituição mediante fundamentos filosóficos e teóricos de Direito destaca a sua importância como grande impactadora de todo o sistema jurídico (BARBERIS, 2003, p.206).

A terminologia “neoconstitucionalismo” é usada primeiramente em 2003, na Espanha e na Itália, por Miguel Carbonnel em sua obra “Neoconstitucionalismo.” No Brasil o marco histórico do novo direito constitucional considera-se a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o seu respectivo processo de redemocratização. Ressalta-se que o termo neoconstitucionalismo não é empregado na doutrina norte-americana, nem tampouco na alemã. (SIQUEIRA JR, 2012, p.2).

A Europa possuía uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica até a Segunda Guerra Mundial, que destacava a lei editada pelo parlamento como a principal fonte do Direito. Já as Constituições somente delineavam os contornos do Estado e a proteção dos indivíduos, em que a aplicabilidade dos normativos constitucionais competia as leis (ZAGREBELSKY, 1992, p.57). Nesta época, a Constituição era vista apenas como programas

políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, porém não deveria ser invocada pelo Judiciário na defesa de direitos (ENTERRÍA, 1985, p.41).

No pós 2ª Guerra Mundial, décadas mais tarde, frente às barbáries cometidas pelo nazismo, despertou-se a necessidade de um fortalecimento da jurisdição constitucional, instituindo-se a clara obrigação de introduzir novas ferramentas de proteção dos direitos fundamentais. Assim, a Constituição europeia se aproxima do modelo americano, porque tornou-se limitadora, definidora da organização do Estado e prevendo alguns direitos individuais, extremamente similar à Constituição americana. A Constituição europeia eram, antes do 2º pós-guerra, cartas procedimentais que deixavam para as decisões das maiorias legislativas (SARMENTO, 2010, p.2).

O neoconstitucionalismo surge da nova compreensão da natureza e conteúdo da Constituição, envolvendo fundamentos filosóficos e teóricos do Direito. Esta nova compreensão constitucional destaca a importância do intérprete da lei em saber interpretar o texto, implicando na existência de uma pré-compreensão e seus pré-juízos, de adequada interpretação como condição de possibilidade para o acontecer de uma nova teoria das fontes e de uma nova teoria da norma jurídica, complementando-se a superação do positivismo a partir dessa batalha entre a teoria das fontes, teoria da norma e hermenêutica (STRECK, 2005, p.164).

Susanna Pozzolo nos leciona que o neoconstitucionalismo é um termo bem apropriado, originalmente pensado para denominar um determinado modo antijuspositivista de se aproximar do Direito, talvez também devido a uma certa indeterminação ou vagueza que lhe foi atribuída por usos um pouco diversos, já que o termo enfrentou uma difusão rápida e ampla perante os jusfilósofos, particularmente os italianos e espanhóis (POZZOLO, 2006, p.77-78).

A importância de destacar que o neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o juspositivismo é que aquele não se apresenta como uma doutrina descritiva, como o juspositivismo é, mas como uma reconstrução racional. Por isto, o conceito e a compreensão do neoconstitucionalismo surge da revisão bibliográfica da doutrina (DUARTE, 2006, p.78).

Nesta nova fase, juntamente com temas como relações de trabalho, economia, família, direitos individuais e políticos, a Constituição inova com direitos sociais de natureza prestacional. Assim, com uma interpretação abrangente e extensiva das normas da Constituição pelo Judiciário, surge o fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, responsável pela ampliação da influência das constituições sobre todo o ordenamento,

levando a novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2010, p. 13-14).

As teorias neoconstitucionalistas buscam elaborar novos módulos teóricos, ao invés da subsunção e do silogismo, características do positivismo formalista, ou na conclusão da discricionariedade política do intérprete ao analisar “*hard cases*”, na vertente do positivismo moderno de Hart e Kelsen, o neoconstitucionalismo vai para a discussão de teorias da argumentação e métodos com fulcro na procura racional e intersubjetivamente controlável de melhor respostas aos “*hard cases*” (SARMENTO, 2010, p.3).

Neste propósito existe uma importância da razão prática no âmbito jurídico, porque no neoconstitucionalismo não são racionais somente as formas experimentais comprovadas, ou deduzido “*more geométrico*” de premissas gerais, como no positivismo. Pode também ser a argumentação empregada racionalmente na solução de questões práticas que o Direito deve resolver (ALEXY, 2006, p.177).

Um grande debate moral ocorre na discussão do poder normativo dos princípios, frente à grande carga axiológica empregada, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito e a igualdade. Este debate entre direito e moral destaca uma das grandes divergências internas do neoconstitucionalismo. Os positivistas como Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini, Luis Prieto Sanchís e Suzana Pozzolo não aceitam a existência de ligação necessária entre direito e moral, porém reconhecem que pode haver uma ligação contingente, sempre que o poder constituinte originário positive valores morais dando-lhes poder jurídico (SARMENTO, 2010, p.4). De outro lado, os não-positivistas Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e outros, defendem que a moral e o direito tem conexão necessária, aderindo a tese de Gustav Radbruch que afirma que normas extremamente injustas não tem validade jurídica, mesmo que o ordenamento as aborde (SARMENTO, 2010, p.4).

De maneira mais didática é apresentado a análise de Luís Roberto Barroso referente às transformações do direito constitucional, dividindo-as em três aspectos: histórico, filosófico e teórico (BARROSO, 2005, p.129).

No aspecto histórico, retrata o direito constitucional do pós-guerra na construção das Constituições da Itália (1947), Portuguesa (1976), Espanhola (1978) e brasileira (1988), que necessita de uma mudança frente às atrocidades do nazismo alemão, cujas conseqüências, despertaram para todo o mundo a importância e a necessidade de leis fundamentais para coibir qualquer tipo de injustiça (CAMBI, 2006, p.663).

No aspecto filosófico, tem-se a substituição da hermenêutica perante o dogmatismo legal, devido à aplicação dos princípios jurídicos influenciados pelo pós-positivismo. Barroso explica:

“O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo e o debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”. Diametralmente opostos, mas por vezes, singularmente complementares. “A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo” (BARROSO, 2005, p.132-133).

No âmbito do aspecto teórico, Barroso nos ensina que o neoconstitucionalismo possui três características peculiares: o reconhecimento da força normativa da Constituição, como a mais forte das legislações, garantida no topo da pirâmide de Kelsen, a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p.133).

Cabe citar ainda que as novas constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, interligando o debate acima sobre a moral e o direito. Este debate teórico perde destaque tendo em vista que os próprios neoconstitucionalistas, que se afirmam como positivistas, reconhecem que a moral interage e penetra no tecido jurídico, particularmente nos princípios constitucionais, sendo denominados positivistas inclusivos, dentre os quais podemos citar Herbert L.A. Hart, que destaca este assunto no pós-escrito de sua obra “*The Concept of Law*”, quando rebate Ronald Dworkin ao criticar o seu pensamento (SARMENTO, 2010, p.26).

Nesta concepção neoconstitucionalista, uma de suas características é o foco no Poder Judiciário, onde figura como protagonista o magistrado, tido por ser o responsável pela interpretação e aplicação do direito (SARMENTO, 2010, p.5), sendo ele considerado “o guardião das promessas” civilizatórias dos textos constitucionais (termo empregado por GARAPON, 1996).

2.2 A CONSTITUIÇÃO E A RECEPTIVIDADE DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

A Constituição possui a capacidade de ordenar e coordenar a vida política e social da nação pelo seu poder normativo, superioridade e centralidade em influenciar todo o sistema jurídico (SIQUEIRA JR, 2012, p.4).

O debate jurídico retorna com força para questionar a eficácia normativa da Constituição, que nos dias atuais apresenta forte tendência de superação de uma dogmática

constitucional clássica, segundo a qual a Constituição tinha a mera finalidade de repositório de princípios e diretrizes gerais, sem que ocorresse uma incidência normativa concreta. Assim sendo, importante admitir que compõem a normatividade constitucional as leis infraconstitucionais que visam contemplar e disciplinar questões concretas (MENDONÇA, 2003, p. 282-283).

Nesta fase da doutrina do direito existe uma busca pela vocação normativa da Constituição, porém há de ser excluída a possibilidade de a discricionariedade se confundir com o arbítrio (REIS, 2012, p. 198), especialmente por força de vinculação normativa “imposta pela própria ideia do Estado-de-Direito e pelos seus princípios constitucionais” (NEVES, 1995, p.539).

A Constituição exerce uma relação de superioridade entre as demais normas do sistema jurídico, e assim, Zagrebelski nos ensina que a resposta aos grandes e graves problemas, estaria contida na fórmula do Estado constitucional (ZAGREBELSKI, 2007, p.34).

Este Estado Democrático de Direito pressupõe uma Constituição normativa autêntica, com força para disciplinar efetivamente a organização do poder, conforme Konrad Hesse cita em sua obra “A força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p.3).

Neste diapasão, a Constituição traz princípios, diretivas e limites de atuação estatal; assim, a doutrina cultural jurídica reedita os preceitos do jusnaturalismo, recuperando a dimensão axiológica do Direito, enaltecendo a justiça (SIQUEIRA JR, 2015, p. 5).

No espectro brasileiro, a Constituição Federal regulou uma imensa gama de assuntos com o propósito de diminuir o vasto número de questões ao alcance do legislador (SARMENTO,2010, p.3). A inclusão na legislação constitucional de diversos princípios vagos, com grande carga axiológica e poder de irradiação, favoreceu a constitucionalização do direito, como também a revisão de todo o ordenamento jurídico direcionado para a ótica dos valores constitucionais, denominada filtragem constitucional do Direito (SCHIER, 1999, p. 12).

Neste caminho do estudo é relevante apresentar a evolução do Direito Constitucional Brasileiro, após a promulgação da Carta de 1988, que ocorre em dois momentos distintos, conforme a divisão realizada por Sarmento (SARMENTO, 2010, p.7).

O primeiro momento, chamado de constitucionalismo brasileiro da efetividade, surge logo após a promulgação da Carta Magna de 1988. Nesta fase, alguns autores passam a advogar a tese de que a Constituição deveria ser aplicada pelos magistrados, cita-se Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2005) e Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, 1995, A teoria

constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória, p. 34-53). Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na CF/88, promovendo a justiça, igualdade e liberdade. Se, até o presente momento, a desconstrução da dogmática jurídica estava em evidência, a doutrina da efetividade defende o emprego da dogmática de maneira antecipada, por ocasião da concretização da Constituição (SARMENTO, 2010, p. 7-8).

O Segundo momento é a eclosão das teorias do pós-positivismo que nos apresentaram a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outras, que trouxeram debates importantes sobre a eficácia dos direitos fundamentais, a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. Neste mesmo momento ressurge a ligação entre o direito e a filosofia, no antigo debate entre direito e moral, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como apresentadas por autores como Jürgen Habermas e John Rawls (STRECK, 2011, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*).

A reflexão do conteúdo valorativo constitucional faz-se necessária por nos trazer uma categoria de normas, os princípios. Alexy ensina que os princípios são mandamentos de otimização. Princípios são normas que ordenam a realização dos preceitos segundo circunstâncias fáticas e jurídicas. Já as regras são normas que estabelecem a medida exata de sua satisfação. O Direito é composto de princípios que são normas com linguagem subjetiva, pelas quais caberá ao intérprete decidir qual preceito melhor se enquadra ao caso concreto (ALEXY, 2002, p. 86-87).

A respeito dos princípios, constituem como o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional; assim, “o princípio é a regra matriz de um sistema, da qual brotam as demais normas e que dá uniformidade ao conjunto” (FERNANDES, 1999, p. 186). Neste sentido, “é admitido que um determinado ramo de Direito possa ter, além de um princípio geral do sistema, outros princípios que informam seus institutos fundamentais, ou seja, seus vários subsistemas” (FERNANDES, 1999, p. 186).

Hart classifica os princípios com duas características que diferem o princípio da norma. Uma está relacionada à questão de grau, os princípios são amplos, gerais ou inespecíficos, no sentido de que “uma série de normas distintas poderia frequentemente ser apontada como manifestações ou exemplos de um único princípio” (HART, 2009, p. 335). A outra característica destacada sobre princípio é que:

“por remeterem mais ou menos explicitamente a algum propósito, objetivo, atribuição de direito ou valor, os princípios são considerados, de certo ponto de vista, como algo cuja preservação ou

adoção são desejáveis, e, assim, não apenas oferecem uma explicação que os exemplificam como também, no mínimo, contribuem para justificá-las” (HART, 2009, p.336).

O neoconstitucionalismo como filosofia política redefine o papel dos elementos do Estado em uma sociedade cosmopolita, que naturalmente possui orientação para ver o impacto das decisões constitucionais de uma maneira especial. A participação popular é essa particularidade que ainda encontra-se em uma ascendência cultural constitucional, já trabalhada no sentido de patriotismo ou sentimento constitucional (CATTONI, 2007, p. 136). Habermas afirma que as normas para serem válidas, todos os afetados por ela devem possuir o direito de consentir como participantes em um discurso racional, assim, os resultados da razão pública são legítimos e razoáveis (RAWLS, HABEMAS, 1998, p. 29). Este debate da filosofia política do neoconstitucionalismo engloba elementos de Estado, da crise de representatividade, de blocos continentais e de multiculturalismo, dentre outros (CATTONI, 2007, p. 136).

Por fim, estas grandes mudanças causadas pelo neoconstitucionalismo, desde 2003, com Miguel Carbonell, atestam que existe um consenso na definição das características centrais do novo paradigma, como, por exemplo, a valorização dos princípios, a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, a abertura da argumentação jurídica à moral e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição (SARMENTO, 2010, p.9).

2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O neoconstitucionalismo apresenta como uma de suas características peculiares o foco no Poder Judiciário, como já apresentado no presente artigo. Neste diapasão, o caráter democrático deste sistema, mediante atuação judicial, está assegurado, conforme é retratado por Zaffaroni “uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente democrático”. Para o autor uma instituição democrática é aquela funcional para o sistema democrático, quer dizer “quando seja necessária para a continuidade, como ocorre com o judiciário”(ZAFFARONI, 1995, p.43). Isto posto, fica notório que na democracia o Judiciário possui poder constitucional para garantir um direito fundamental, que deveria ser garantido por políticas públicas pelos poderes Executivo e Legislativo, que são por deveras omissas, seja por falta de iniciativa, de controle ou mesmo por corrupção.

O depósito de enormes expectativas na concretização dos princípios e ideais presentes na Constituição causa por vezes contestações e críticas pelo seu suposto caráter antidemocrático, haja vista que os juízes e desembargadores, integrantes e aplicadores do Poder Judiciário, não são eleitos pelo povo, diferentemente dos parlamentares e chefes do Poder Executivo (SARMENTO, 2010, p. 9). Estas críticas advêm de que em uma democracia é fundamental que as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas pelo povo, ou pelos seus representantes, e não por “tecnocratas de toga” (DAHL, 2001, p. 97). Nesta hipótese questiona-se a falta de conhecimento técnico na gestão de políticas públicas pelos magistrados e na correta distribuição do erário para atender todas as demandas do governo.

A interpretação no neoconstitucionalismo possui um significado ainda mais abrangente, porque toda decisão legislativa ou judicial está pré-regulada por uma norma constitucional ou infraconstitucional, e porque toda a produção de leis é aberta ao controle de constitucionalidade. Assim, ao aplicar determinado princípio tipificado constitucionalmente, e ao interpretá-lo em um caso concreto, estará assim caracterizada a interpretação direta. Já a interpretação indireta pode ocorrer em dois momentos, conforme Moreira: o primeiro, “por um juízo negativo sempre presente, que ocorre quando não se faz menção a uma inconstitucionalidade, o que significa que o dispositivo legal que fundamenta a decisão passou por um juízo negativo com sucesso”, não sendo considerado incompatível com a Constituição (MOREIRA, 2015, p.5); No segundo momento é indireta a interpretação constitucional por um juízo finalístico, visto que toda decisão deve ser embasada na Constituição. Por isso, destes três exercícios hermenêuticos (direto, indireto negativo e indireto finalístico) conclui-se que “toda a interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional” (MOREIRA, 2015, p.5).

Retornando ao debate, o cerne está no reconhecimento de que os juízes, intérpretes das leis, diante da vagueza e da abertura das normas constitucionais, estariam participando do processo de criação das leis. Este poder avocado pelos magistrados permitem aplicar suas preferências valorativas e políticas, vez que deveriam aplicar corretamente as do legislador.

Por este motivo, diversas correntes ao longo da história rejeitaram a jurisdição constitucional, ou o ativismo judicial empregado, passando pelos revolucionários franceses (Marizio Fioravanti, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, tradução de Manuel Martinez Neira, Madrid: Trota, 2001), como Carl Schmitt (*La Defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983), na República de Weimar e chegando no constitucionalismo popular norte-americano dos dias atuais. O constitucionalismo popular é uma corrente norte-americana que nega a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade

acreditando que cabe ao povo, e não aos juízes, o poder de definir o sentido das cláusulas abertas no texto constitucional (SARMENTO, 2010, p.12).

Destarte, a hermenêutica constitucional é o campo de estudo da tarefa da interpretação por natureza. Esta mudança com a abertura constitucional modificou a interpretação, que antes só era cabível quando o texto constitucional não estivesse claro; ademais, agora a tarefa de interpretação equivale à aplicação do direito (GADAMER, 2002, p. 406).

O processo de concretização do texto constitucional, na visão filosófica, nada mais é do que o fechamento do círculo hermenêutico, e não de indeterminação como se fazia crer; assim, a concretização da norma constitucional deve ser entendida como finalidade da atividade interpretativa melhor explorada no neoconstitucionalismo (CANOTILHO, 1998, p. 1221).

Luis Roberto Barroso entende que a interpretação que tenha como parâmetro a Constituição é uma interpretação constitucional; portanto, ao excluírem interpretações de um dispositivo, a Constituição é a verdadeira fonte de valoração (MOREIRA, 2015, p.7).

O grande questionamento é que existe uma grande discussão no neoconstitucionalismo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo devido ao ativismo judicial, que por vezes é necessário, particularmente quanto à tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia da democracia, mas deve ser reconhecido que existe a falta de “expertise” do Poder Judiciário em áreas específicas, como por exemplo economia, políticas públicas e regulação.

Neste diapasão nos ensina Humberto Ávila: “o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor quanto mais difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria”(ÁVILA, 2004, p. 188). O critério metodológico da discricionariedade influencia os cânones da interpretação e aplicação do direito, pela contumácia de requisitos objetivos, os conceitos legais ou os comportamentos jurídicos, segmentando ora o espectro de decisões fungíveis, ora o esquema de soluções apodíticas (NEVES, 1995, p.198).

Daniel Sarmiento destaca que “vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário” (SARMENTO, 2010, p. 14). Neste sentido tende a não aceitar a possibilidade de “diálogos construtivos interinstitucionais” entre os diversos órgãos estatais com o propósito de definir uma melhor interpretação dos ditames constitucionais, assim como ocorre no cenário anglo-saxão em que diversos autores demonstram as vantagens desse processo (SARMENTO, 2010, p.14).

O Supremo Tribunal Federal apresentou um julgamento que trata do direito à saúde como um belo exemplo a ser destacado. Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nr 3510/DF que questiona sobre a constitucionalidade de pesquisas em células-tronco embrionárias. O ministro Luis Roberto Barroso, que defendia um dos *amici curiae* favoráveis às pesquisas, declarou que “o Judiciário deve adotar uma posição cautelosa, baseando-se no consenso obtido no Legislativo (Senado e Câmara dos Deputados)”, porém os demais ministros do Supremo Tribunal Federal não acompanharam o ministro Barroso e defenderam a imposição de novas normas pelo STF na área do Biodireito. Essa decisão culmina com o objeto do estudo do artigo, caracterizando-se assim pela notória elaboração de uma norma pelo Poder Judiciário e o conseqüente protagonismo supramencionado (BARROSO, 2008).

Destaca-se a importância da segurança jurídica e da uniformização da decisões do Judiciário pelo ensinamento de Maurício Martins Reis, o qual retrata que: “A necessidade de distinção está fundamentada no fato de que a interpretação orientada pela Constituição prescinde dos mecanismos processuais de uniformização de jurisprudência”, e que “sua precedência hermenêutica de cariz concretizador ou aplicativo apenas resulta suscetível de harmonia e congruência diante de uma cultura judicial precedentalista, e não de uma política generalizante com atributo vinculante”. Neste sentido, ao destacar a Súmula n. 10 do STF que “carrega consigo, ao revés, uma cultura positivista de alcançar às normas jurídicas significados ou sentidos unívocos, cuja construção hermenêutica – embora fundamentada na Constituição – implica inerente descumprimento ao subjacente – e invencível – teto ou à teleologia semântica do texto, e, portando faz presumir, assim, o seu reclamo de inconstitucionalidade” (REIS, 2008, p.5).

Atualmente, no Brasil, o neoconstitucionalismo visa reabilitar a racionalidade prática no âmbito jurídico, com as teorias da argumentação, que denotam aos intérpretes e juízes a fundamentação correta de suas decisões. Contudo, os juízes recepcionaram parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e a valorização dos princípios e da ponderação não vem sendo acompanhada do devido cuidado nas justificações das decisões (SARMENTO, 2010, p.15). Desta feita destaca-se a importância da reflexão do neoconstitucionalismo europeu, com suas características e legislações especiais, comparando com a sua aplicação no Brasil, que possui legislações e características distintas destes.

Este quadro problemático do sistema jurídico funcional no que tange a reabilitação da racionalidade prática, estável e harmônica com os valores do Estado Democrático de Direito, necessita obrigatoriamente da aplicação de regras e também de princípios (CANOTILHO,

1998, p. 1036). Por isso, tanto as regras como os princípios são fundamentais para o Direito. As regras, porque são indispensáveis e geram previsibilidade e segurança jurídica pela sua característica fechada, geram, pois, menos erros de incidência. Já os princípios são essenciais na ordem jurídica por possuírem conotação aberta; dão mais plasticidade ao Direito, tão importante em uma sociedade complexa (SARMENTO, 2010, p.16).

Neste sentido, importante destacar, sob a visão de uma “sociologia” da interpretação constitucional, “até que ponto a introdução entre nós” de uma “dogmática fluida” não pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que regem as nossas relações sociais (ZAGREBELSKY, 1992, p. 15-19).

O raciocínio de Marcelo Neves reflete sobre o tema em voga, a partir das categorias da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que retrata o Direito como “autopoiético” em uma sociedade moderna hipercomplexa porque estaria em um subsistema social estruturalmente fechado em relação ao meio envolvente, que apresentaria de acordo com um código binário próprio, por vezes lícito, por ora ilícito (LUHMANN, 2004). Assim, esse código seria um tipo de filtro sobre as influências do meio envolvente sobre o Direito confirmando a autonomia jurídica sobre os demais subsistemas sociais, como a Política, a Religião e a Economia, dentre outras. Neste ponto, Marcelo Neves sustenta que “em sociedades periféricas, como o Brasil, não se desenvolveu plenamente este fechamento estrutural do Direito” (NEVES, 1994, p. 31-32).

Posto isto, a interpretação constitucional possui três significados no neoconstitucionalismo conforme Moreira. O primeiro significado é literal, que aplica a interpretação das leis conforme a Constituição. O segundo sentido é o da interpretação conforme está presente em mais de uma hipótese interpretativa, assim, cabe ao tribunal competente julgar qual das hipóteses se enquadra ao texto constitucional; sentido este mais característico do sistema brasileiro. O terceiro sentido é o da interpretação conforme a Constituição que é verificado no caso concreto, quando excepcionalmente os efeitos da regra são retirados por uma situação excepcional não prevista, sendo denominado de derrotabilidade da norma-regra, “que funciona como uma propriedade disposicional que aparece no neoconstitucionalismo (MOREIRA, 2008, p.7-8). Por isto esse é um dos aspectos positivos que o neoconstitucionalismo sustenta, visto que afasta as exceções e ataca a ponderação.

O protagonismo jurídico do Supremo Tribunal Federal é apresentado em milhares de processos demandados para tutelar o direito à saúde, que interferem diretamente nas políticas públicas. Os julgados tratam de fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares,

cirurgias de próteses, vagas em hospitais e custeio de tratamentos caros e no exterior. Porém, o ministro Gilmar Mendes, no agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará explicou a importância teórica e prática da judicialização do direito à saúde, firmando que tal assunto necessita do envolvimento dos gestores públicos, dos profissionais da área da saúde e também da sociedade civil.

Em 2009, o STF convocou a audiência pública Nr 4, que tratou de ouvir diversos especialistas do ramo da saúde, professores, advogados, médicos, gestores das políticas públicas e usuários do SUS. Com este grande ensinamento o Supremo esclareceu que primeiramente deve-se, nestes casos, verificar se existe alguma política pública, haja visto que desta feita o judiciário estaria apenas determinando o cumprimento desta política pública. Além disso, se o direito solicitado não estiver enquadrado em política pública é imperioso entender se a falta de contemplação está relacionada a omissão da administração pública, por tratar-se de medicamento ou tratamento novo ou porque a administração pública entende não ser viável ou não possuir eficácia comprovada. Neste ponto, destaca-se a importância do registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Assim sendo, nesta hipótese, pode ocorrer de existência de medicamento fora da lista da ANVISA e, se comprovada a eficácia do medicamento, pode ocorrer da decisão favorável do STF a efetivação da saúde.

Por fim, conclui-se que com a posicionamento do STF, diversos medicamentos e tratamentos médicos que não são garantidos por políticas públicas, poderão ser fornecidos escorados nos critérios decisivos do risco de a ausência do atendimento ao pedido judicial ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde por tratar-se do bem mais valioso, a vida.

3 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo como uma teoria do direito fica bem caracterizado no presente artigo, que demonstra em seu bojo dificuldades de interpretação e aplicabilidade em casos concretos. A interpretação jurídica demonstrou uma visão constitucional em que o intérprete, por vezes, renuncia à neutralidade em prol de uma atitude que consagra o Estado Democrático de Direito, pois exige meios de controle constitucional. Este meio é praticado pelo Poder Judiciário e particularmente pelo Supremo Tribunal Federal, que é conceituado como o guardião da Constituição.

A interpretação do neoconstitucionalismo demonstra a capacidade que deve possuir o intérprete para, com sua experiência, princípios contundentes e pré-conceitos, distanciando-se do positivismo jurídico de mero aplicador da lei, deve aplicar ao caso concreto tal interpretação, devendo estar dentro da moldura desejada pelos princípios, normas e regras tipificadas na Constituição.

É fato que por vezes o Poder Judiciário extrapola sua prerrogativa constitucional ao interpretar leis, pois quem interpreta também participa do processo de criação da lei, interferindo nas políticas públicas. Esta designação de poder constituinte permanente conferido aos juízes, pois interpretam de sua maneira a Constituição mas que deveriam ser fruto de trabalho do Poder Legislativo e Executivo. O protagonismo do Poder Judiciário tem se demonstrado ao longo dos tempos prejudicial para com o Poder Legislativo e Executivo e também para com o povo, criando um embate entre poderes extremamente prejudicial para a democracia e para as políticas públicas.

Os embates com o intuito de subvalorizar a aplicação dos princípios não devem prosperar. A derrotabilidade é o conceito-chave prático e impõe uma análise das críticas dirigidas em prol de uma teoria pró-princípios. A interpretação da Constituição confirma a evidência dos intérpretes em interpretar a Carta Magna, afastando o positivismo jurídico e o jusnaturalismo.

Por derradeiro, a teoria do direito do neoconstitucionalismo necessita que o Poder Judiciário entenda que deve colaborar, o que ocorre em determinados julgamentos, como o citado da Audiência Pública Nr 4, devendo encaminhar ao Poder Legislativo e Executivo as propostas surgidas dos embates jurídicos ou a mudança interpretativa de leis, haja visto a obrigatoriedade de garantir a aplicação e o controle das políticas públicas e o seu orçamento limitado, sem deixar de concretizar o direito fundamental.

4 REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXY, ROBERT. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, ROBERT. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 2006.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*, 4. Ed. 2004.

BARBERIS, MAURO. *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. RDCI 58/129-173. 2005.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. *A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias*. 2008.

CAMBI, EDUARDO. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In: Fux, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa(coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CATTONI, MARCELO. *Direito, política e filosofia*. 1ª Ed. 2007.

CLÉVE, CLÈMERSON MERLIN. *A Teoria Constitucional e o direito alternativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORDEIRO, KARINE DA SILVA. *Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, o Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DAHL, ROBERT A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DUARTE, ÉCIO OTO RAMOS; POZZOLO SUSANNA. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. Ed. 1985 e 4. Ed. Madrid: Civitas, 2006.

FERNANDES, ANTONIO SCARANCE. *Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal*. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas, 1999.

- GADAMER, HANS. Verdade e Método. 2002.
- GARAPON, ANTOINE. Le Gardiende Promesses: Le juge et la democratie. Paris: Odile Jacob, 1996.
- HART, HERBERT L. A. O conceito de direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HESSE, KONRAD. A força normativa da constituição (*Die normative Kraft der verfassung*). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.
- LUHMAN, NIKLAS. Do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA, EDUARDO RIBEIRO. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. 2015. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol 7. DTR\2015\10987. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol 63/2008.
- NEVES, ANTÔNIO CASTANHEIRA. O problema da discricionariedade. In: Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- NEVES, MARCELO. A Constitucionalização simbólica, São Paulo: Acadêmica, 1994.
- POZZOLO, SUSANNA. Neoconstitucionalism e la especificidad de la interpretacion. Tradução: Josep M. Vilajosana. Biblioteca Virtual Miguel Cervantes. 2005.
- RAWLS, JOHN; E HABEMAS, JÜRGEN. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona, Paidós, 1998.
- REIS, MAURICIO MARTINS. Das interfaces não miméticas entre o controle difuso e a fiscalização concreta de constitucionalidade. 2008. Brasília. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2 – Julho 2008 – ISSN 1982-4564.
- REIS, MAURICIO MARTINS. Discricionariedade e Interpretação Jurídica. Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 8, n. 2, jul-dez, 2012. ISSN 2238-0604.
- SARMENTO, DANIEL. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. 2010. Revista dos Tribunais.
- SCHIER, PAULO RICARDO. Filtragem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SIQUEIRA JR, PAULO HAMILTON. Neoconstitucionalismo. 2015. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 7. DTR\2015\10972. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. 2012. Vol. 29.

STRECK, LENIO LUIZ. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo; ROCHA, Leonel Severo(orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos. 2005.

STRECK, LENIO LUIZ. Hermenêutica jurídica e(m) crise.10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Poder Judiciário: crise, acertos e desarcertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. Ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.