

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E O *FIM* DO ESTADO DE DIREITO**

**JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO**

São Paulo  
2012

JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E O *FIM DO ESTADO DE DIREITO***

Tese de doutorado apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Doutorado em Direito, Área Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, sob orientação do Prof. Titular Manoel Gonçalves Ferreira Filho

São Paulo – SP

Faculdade de Direito da USP

2012

## Resumo

Na última década emergiu na academia brasileira um movimento doutrinário denominado Neoconstitucionalismo, que advoga a adoção de uma série de posturas interpretativas que conferem maior liberdade aos juízes ao decidirem os casos constitucionais no intuito de promover transformação social pelo Direito. A partir de uma reconstrução interpretativa do ideal político Estado de Direito, procura-se avaliar o impacto das teses defendidas pelo modelo decisório neoconstitucionalista, concluindo-se que nas sociedades democráticas contemporâneas, em que há profundos desacordos morais, a sua adoção é inadequada por implicar violações à dignidade humana.

Palavras-chaves: Neoconstitucionalismo, Estado de Direito, transformação social, dignidade humana.

## **Abstract**

In the last decade, a legal movement known as neoconstitutionalism has emerged in the Brazilian legal academy. It advocates the adoption of a series of interpretative attitudes which confer a wide margin of discretion to judges when deciding constitutional cases with the aim of achieving social transformation through law. Relying on a reconstructive interpretation of the Rule of Law political ideal, this work aims to assess the impacts of the thesis defended by the neoconstitutionalist adjudicative model. It concludes, at the end, that in contemporary democratic societies, where people deeply disagree on moral regards, the adoption of neoconstitucionalism is inadequate in virtue of the violations it infringes upon human dignity.

**Key words:** Neoconstitutionalism, Rule of Law, social transformation, human dignity.

## Introdução

### I. *A persistência de desacordos e a necessidade de coordenação em uma sociedade plural*

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) enuncia: “*Para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, considera-se essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito*”. A Constituição Federal de 1988 também se vincula expressamente a este ideal político ao preceituar no *caput* de seu primeiro artigo que: “*A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado democrático de direito*”.

Há, atualmente, quase um consenso global da necessidade de se respeitar o Estado de Direito para que se considere um governo legítimo. Mas, afinal, o que há de especial na coordenação da vida em sociedade por meio de um ordenamento normativo previamente estabelecido? Em outras palavras, o que torna o Estado de Direito um ideal político venerado? A limitação do poder dos agentes públicos e a necessidade de previsibilidade em relação às consequências jurídicas decorrentes das condutas dos indivíduos são respostas imediatas. Uma análise conceitual um pouco mais elaborada, no entanto, parece nos indicar que o que faz do Estado de Direito um valor político atrativo nas sociedades contemporâneas é o modo digno pelo qual as instituições públicas se apresentam aos cidadãos. Para uma compreensão dessa afirmativa torna-se necessário esclarecer alguns pressupostos.

Vive-se em uma sociedade notadamente marcada pela pluralidade de visões de mundo<sup>1</sup>. No Brasil, da mesma forma como nas demais democracias constitucionais, não há perspectiva de consenso entre os cidadãos sobre temas de grande relevância para a sociedade. Muito pelo contrário, as pessoas normalmente divergem sobre caros aspectos da experiência humana, discordando das soluções adotadas até mesmo em questões de menor importância.

---

<sup>1</sup> Rawls assim define essa faceta das sociedades contemporâneas: “*A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que denomino fato do pluralismo razoável*”. (RAWLS, 2003, p. 47).

Dois tipos de desacordos são particularmente importantes para os estudiosos do direito constitucional.

Em primeiro plano, não há entendimento acerca do que deva ser considerada uma vida boa. Enquanto uns acreditam, por exemplo, que a devoção religiosa traz satisfação pessoal, outros veem na realização profissional ou na acumulação de riqueza o seu objetivo de vida. Há desacordos sobre o papel da família, a vida sexual, a importância dos estudos etc. Questões relacionadas às diversas concepções morais existentes levam invariavelmente a debates acalorados. A utilização de métodos contraceptivos, o suicídio assistido e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre outros, são temas que frequentemente provocam discordância entre os membros da sociedade. Que direitos morais temos? Que significa a liberdade em contextos complexos como os que envolvem, por exemplo, a publicação de discursos preconceituosos? O aborto deve ser considerado uma opção legítima dentro da perspectiva da igualdade de controle de oportunidades entre homens e mulheres?

Em segundo plano, há profundas divergências com relação ao modo como as riquezas devam ser distribuídas numa sociedade justa e quanto ao papel do Estado nessa distribuição. Alguns acham que a alocação dos bens deveria ser realizada de acordo com os méritos de cada um, enquanto outros entendem que a igualdade material seria o principal objetivo a ser alcançado. O grau de intervenção na economia e o papel da religião no Estado também são insistentemente abordados pelas diversas correntes políticas. Em virtude dessas diferentes concepções de justiça, questões referentes às ações afirmativas, à utilização de ícones religiosos em repartições públicas e aos programas de redistribuição de renda, e.g., não encontram respostas unívocas. Uma teoria constitucional contemporânea precisa encarar o fato de que, mesmo acreditando na existência de direitos e da justiça, as pessoas discordam apaixonadamente sobre o seu significado e suas implicações nas situações concretas. Não há um repositório moral amplamente compartilhado que possa ser consultado para a resolução dos conflitos que permeiam a sociedade.

Não obstante as múltiplas concepções morais e políticas – que por vezes se mostram conflitantes e irreconciliáveis – a vida em sociedade se apresenta como um empreendimento coletivo que demanda a cooperação entre os indivíduos. A proteção ao meio ambiente, o funcionamento de um sistema público de saúde e a prestação de jurisdição são exemplos de atividades essenciais que somente se mostram realizáveis se as pessoas atuarem em grupo. Por mais que haja desacordos sobre a melhor forma de se preservar o ecossistema, de se tratar as diversas enfermidades ou de se aparelhar o Poder Judiciário, revela-se necessário estabelecer uma estrutura institucional única que possibilite o agir coletivo. Por óbvio, essa

atuação em conjunto não é algo fácil, sobretudo se se considerar que a adoção de determinado ato normalmente vai de encontro às convicções de uma parcela dos cidadãos que discordam de seu conteúdo. Nesse sentido, a capacidade de agir coletivamente por si só já se apresenta como uma conquista humana. Essa necessidade de se decidir uma série de questões, a despeito de haver uma realidade social marcadamente dividida, configura o que Jeremy Waldron denomina de *circunstâncias da política*<sup>2</sup>.

A forma como essas decisões são tomadas em uma sociedade plural é determinante para se aferir a legitimidade do regime político em questão. O tratamento com igual respeito e consideração a todos os cidadãos conduz inexoravelmente ao estabelecimento de procedimentos decisórios que sejam substancialmente neutros com relação às diversas concepções morais e políticas existentes<sup>3</sup>. Isso porque o comprometimento *a priori* com qualquer resultado implicaria no reconhecimento de que um determinado ponto de vista defendido por uma pessoa ou um grupo é superior ao dos demais, o que se revela incompatível com as ideias de igualdade de participação e de capacidade de autodeterminação.

Estando as instituições públicas funcionando de maneira adequada<sup>4</sup>, o mecanismo por excelência pelo qual a sociedade define o seu agir coletivo é o processo político democrático. Nesse modelo, após a manifestação das razões que animam as diferentes visões de mundo sobre um determinado tema, decide-se a questão – diretamente ou por representantes – através da adoção da solução que a maioria entende ser a mais adequada naquelas circunstâncias. É por meio da regra da maioria, portanto, que são editados os principais atos normativos – como a Constituição e as leis ordinárias – em uma sociedade que se importa em tratar os seus cidadãos de forma legítima. Somente contando os votos de todos é possível dar tratamento igualitário aos diferentes pontos de vista.

---

<sup>2</sup> WALDRON, 1999, p. 101-103.

<sup>3</sup> Trata-se da virtude política denominada por Ronald Dworkin como “equidade”. Segundo o autor norte-americano: “*Fairness in politics is a matter of finding political procedures – methods of electing officials and making their decisions responsive to the electorate – that distribute political power in the right way. That is now generally understood, in the United States and Britain at least, to mean procedures and practices that give citizens more or less equal influence in the decisions that govern them*”. (DWORKIN, 1986, 164-165).

<sup>4</sup> Waldron (2010, p. 106) afirma que o processo político tradicional é o método adequado de tomada de decisão nas sociedades que possuam “(1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais de minoria e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos”.

Não se quer dizer, contudo, que o processo de deliberação política seja algo neutro, uma busca pela verdade absoluta. Muito pelo contrário; ele é condicionado ao seu momento histórico, fruto da experiência de seus membros, refletindo suas vitórias e seus fracassos. Não por outro motivo é possível compreender o sentido de determinadas normas legais a partir da reconstrução dos fatos que ensejaram a sua promulgação. A décima terceira, a décima quarta e a décima quinta emendas constitucionais norte-americanas – abolindo a escravidão, declarando a igualdade entre os cidadãos e concebendo o sufrágio adulto universal, respectivamente – foram editadas logo após a Guerra Civil americana ocorrida no século XIX entre os Estados do Sul escravocratas e os Estados do Norte abolicionistas, sendo o seu conteúdo – reconhecimento de direitos civis aos negros – relacionado à derrota dos sulistas<sup>5</sup>. No Brasil, após o bruto assassinato da atriz Daniella Perez em 1992, o Congresso Nacional, a partir de proposta de lei de iniciativa popular – em que foram colhidas mais de 1 (um) milhão de assinaturas – alterou a Lei nº. 8.072/90 para incluir o homicídio qualificado na lista dos crimes hediondos<sup>6</sup>. Tais atos normativos, por serem frutos de momentos políticos marcantes, evidenciam o caráter eminentemente contingencial da legislação como fonte do Direito.

Também não se está desconsiderando que determinados atores políticos possuem uma maior influência na elaboração e no refinamento das diferentes versões sobre os temas em ebulição na sociedade. As eleições presidenciais normalmente antecipam e canalizam os debates públicos vindouros, e o Poder Executivo historicamente tem sido o principal vetor de transformações sociais que, em última instância, modificam a compreensão do compromisso constitucional e acarretam novas decisões políticas<sup>7</sup>. Esse protagonismo de líderes políticos, entretanto, não significa a subversão do processo político, pois não confere maior peso ao

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, Erwin Chemerinsky (2006, p. 668) explica: “*After the completion of the Civil War, in 1865, Congress enacted and the states ratified the Thirteenth Amendment, which prohibits slavery and involuntary servitude. Yet, it was obvious that the Thirteenth Amendment would not only by itself secure the rights of the former slaves; Southern states systematically discriminated against blacks in every imaginable way. Congress therefore approved and States ratified the Fourteenth Amendment in 1868. Section 1 of the Fourteenth Amendment overrules the Dred Scott decision by declaring that all persons ‘born or naturalized in the United States... are citizens of the United States and of the State wherein they reside’.* Section 1 also guarantees that no state shall deprive any citizen of the privileges or immunities of citizenship, or deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, or deny any person ‘equal protection of the laws’”.

<sup>6</sup> Sobre o caso Daniela Perez e a trajetória da mudança na lei penal, cf. PEREZ, Glória. **Daniella Perez:** Arquivos de um processo. Disponível em: [www.gloriafperez.net](http://www.gloriafperez.net). Acesso em: 22 de maio de 2012.

<sup>7</sup> Segundo Bruce Ackerman (2007, p. 1762-1763), a todo instante há inúmeros movimentos sociais reivindicando que sua agenda ingresse no centro dos debates políticos nacionais. A maioria desses movimentos falha, mas ocasionalmente alguma instituição governamental adota a agenda política de um deles, compelindo uma maior atenção sobre o tema no espectro político. Esse *signal institucional* inaugura o que Ackerman denomina de exercício de política constitucional, em que os partidários e os contrários ao movimento mobilizam a opinião pública para confrontar as suas agendas. De acordo com o Professor de Yale, nos Estados Unidos, a função de sinalização de mudança constitucional tem sido tipicamente desempenhada pelo Presidente, acompanhado em seguida por seu partido político.



voto de qualquer cidadão. Ademais, em regimes democráticos sérios, normalmente são criados mecanismos para impedir a perpetuação de uma pessoa ou um grupo no poder, como, por exemplo, proibindo-se reiteradas reeleições e exigindo-se que candidatos se afastem de cargos políticos com alguma antecedência do pleito.

Um ponto, contudo, precisa ficar claro: as leis não dissipam a existência de discordância moral sobre determinado tema. O fato de ter-se chegado a um determinado resultado político não significa que há um consenso na sociedade sobre o assunto. As diferentes concepções continuarão povoando a mentalidade das pessoas, e os desacordos sobre temas fundamentais persistirão. Os que se saíram perdedores no processo democrático, no entanto, respeitam a decisão da maioria por estarem cientes de que há necessidade de se tomar uma posição em nome da sociedade e que a unidade de entendimento sobre o tema é um ideal absolutamente impossível. Em outras palavras, a edição de determinado ato normativo não tem a pretensão de camuflar a existência de divergências sobre o tema na sociedade, mas apenas de definir o agir coletivo em uma situação de dissenso. O jogo democrático revela-se, então, como a forma menos gravosa pela qual uma questão controvertida é decidida, na medida em que, além de permitir a expressão de todos os pontos de vista sem privilegiar a posição de qualquer um, possibilita que, no futuro, a partir de mudanças no quadro político, econômico ou social, os atuais perdedores ganhem apoio suficiente para modificar o entendimento coletivo sobre o assunto<sup>8</sup>.

## II. *Estado de Direito e razões individuais*

Ao se editar uma norma jurídica em uma sociedade plural por meio de uma decisão emanada do processo democrático, estabelece-se uma relação de compromisso mútuo entre o Estado e os indivíduos. Ao mesmo tempo em que não é facultado àquele modificar seu entendimento sobre determinado tema sem submetê-lo ao trâmite político, aos indivíduos é exigido o dever de observância ao que foi decidido pela maioria, independentemente dos pontos de vista pessoais. Esse esquema, entretanto, não deve ser entendido como forma de

---

<sup>8</sup> Carl Schmitt (1977, p. 43-44) já enfatizava que o que garante a legitimidade de um Estado legal é a adoção de igualdade de chances para se alcançar a maioria, vedando-se qualquer tentativa de limitar o debate público ou de impedir que determinados pontos de vista sejam banidos. Segundo o autor alemão: “*Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no solo serían un juego grotesco y un insolente escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema misto, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida legalmente como poder permanente. La igualdad de chance abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición para la autoconservación*”.

opressão de uma minoria que saiu perdedora nas urnas, mas como possibilidade de agir coletivamente em uma situação de dissenso. A menos que uma parcela da população saia sistematicamente vencida, seja por vício do processo ou por discriminação, considera-se que a política, como forma de tomada de decisões, trata os indivíduos com dignidade. O que precisa ficar claro é que aparentemente não há alternativa: caso fosse permitido a todos agirem conforme suas próprias razões, seria impossível harmonizar as diversas condutas face ao pluralismo razoável existente. Haveria a anarquia. Por outro lado, caso alguém pudesse fazer prevalecer suas razões por outro meio que não a política majoritária haveria não a democracia, mas a ditadura.

A compreensão do que torna o Estado de Direito um ideal político atrativo exige exatamente a explicitação das virtudes inerentes à gerência da vida coletiva por meio de um ordenamento jurídico que justifique a resignação do cidadão ao deparar com normas contrárias às suas convicções ou interesses. Um saldo positivo nessa análise de custo/benefício está ligado à demonstração de que os cidadãos consideram-se respeitados ao utilizarem as normas jurídicas como *medium* para resolução de seus problemas cotidianos, independentemente do resultado final dos litígios. Essa conclusão demanda um avanço na construção conceitual sobre o tema, já que o mero apontamento das credenciais democráticas da legislação não encerra a discussão sobre o modo como o Direito é aplicado em uma sociedade. Isso porque o conceito de democracia, apesar de sua estreita relação, não se confunde com o de Estado de Direito<sup>9</sup>. Enquanto o primeiro relaciona-se ao processo político de tomada de decisões e criação de normas jurídicas, o segundo diz respeito à administração dessas mesmas normas por parte dos membros da sociedade.

Conforme mencionado, nas sociedades democráticas contemporâneas, uma das razões que confere autoridade às normas jurídicas – produtos do processo político – reside na possibilidade de coordenação das condutas humanas em uma realidade marcada pelo dissenso. Como cada indivíduo possui uma experiência única e um caráter distinto, suas razões em inúmeras circunstâncias diferem das dos demais sujeitos, o que, sem um mínimo de organização, inviabilizaria a vida em coletividade. O mecanismo mediante o qual as normas jurídicas realizam essa tarefa é essencial para se compreender a ideia de Estado de Direito.

---

<sup>9</sup> O Estado de Direito, assim como qualquer outro conceito político abstrato, não é unívoco, possuindo várias acepções a depender do viés utilizado por determinado autor. Há concepções formais e materiais, a depender de sua vinculação, ou não, à promoção de determinados fins específicos, como direitos humanos ou eficiência econômica. Pelas razões que serão apresentadas no momento apropriado, será adotada neste trabalho uma concepção formal elaborada a partir da obra de Jeremy Waldron, na qual se defende que a utilização do Direito como meio de resolução de conflitos já possui um significado moral intrínseco, independentemente dos valores protegidos pelo ordenamento.

Um dos autores que melhor compreenderam e exploraram conceitualmente o funcionamento do Direito foi Joseph Raz. Em sua visão, as normas jurídicas exercem uma função diferenciada na formação da razão prática, influenciando de maneira decisiva a conduta das pessoas. Para elaborar o seu argumento, Raz (1999, p. 39-45) distingue o papel das *razões de primeira ordem*, que são as razões que alimentam as visões pessoais de cada um, como e.g. razões de prudência, de bem-estar e de moralidade, das *razões de segunda ordem*, consubstanciadas em razões que dizem respeito às próprias razões, excluindo da formação do juízo algumas das razões de primeira ordem.

De acordo com o Professor de Oxford, nas situações ordinárias, um agente, ao deparar com um problema, valora as diversas razões de primeira ordem antes de decidir como agir. Havendo um conflito entre essas razões, prevalece o argumento mais convincente, fazendo com que o sujeito tome a decisão que entenda ser a mais correta considerando todo o quadro existente. No entanto, em um cenário em que há uma razão de segunda ordem, a lógica difere. Isso porque as razões de segunda ordem possuem *preferência* em relação às de primeira ordem, *excluindo* as razões pessoais. Entenda-se, as razões de segunda ordem não competem com as de primeira ordem na formação da vontade, não sendo possível fazer-se um juízo de ponderação entre os dois tipos de razão envolvidos em uma tomada de decisão. Não há como medir forças entre as duas espécies de razão. As razões de segunda ordem *sempre prevalecem* por estarem em um patamar mais elevado, indicando, de antemão, a solução que deve ser adotada, evitando-se erros de cálculo por parte do agente. As razões de segunda ordem, portanto, reclamam ter autoridade.

Segundo Raz, dois são os motivos que conferem às razões de segunda ordem preferência na formação do juízo. Primeiro, a crença de que, se observadas as razões de segunda ordem, as decisões serão melhores do que se o sujeito pretendesse agir conforme suas próprias razões. Segundo, a economia de tempo e de esforço por parte do sujeito que, ao deparar com um problema que requer uma decisão sua, se utiliza da solução preestabelecida por alguém que possui autoridade<sup>10</sup>.

Os exemplos mais comuns relacionados à utilização de razões de segunda ordem dizem respeito à *expertise* de determinados sujeitos. No direito brasileiro, por exemplo, afirma-se que, tendo em vista o caráter eminentemente técnico das decisões das agências reguladoras, não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito de seus atos, mas apenas sua

---

<sup>10</sup> Raz (1999, p. 59) esclarece esse ponto da seguinte forma: “*The rule states what is to be done in these situations on the balance of foreseeable reasons. When a situation to which it applies actually occurs the norm subjects can rely on the rule, thus saving much time and labor and reducing the risks of a mistaken calculation which is involved in examining afresh each situation on its merits*”.

legalidade<sup>11</sup>. Nesse contexto, por mais que o juiz tenha uma opinião sobre o tema tratado pela agência e esteja extremamente convencido de seu ponto de vista, ele não leva em consideração suas razões, prestando deferência ao órgão especializado. Mas também há outras hipóteses que surgem no contexto de ordem *hierarquizada*. Um agente militar, por exemplo, ao receber uma ordem de seu superior para levar uma autoridade diplomática à sua embaixada obedecendo a determinado trajeto, cumpre o que lhe foi designado, por mais que tenha plena convicção de que se adotasse outro percurso chegaria ao mesmo destino mais rapidamente ou com mais segurança. Nesses casos, por mais que as pessoas tenham uma opinião sobre como agir, suas razões pessoais são excluídas de seu juízo final por deferência ao superior.

Para Joseph Raz, as normas jurídicas são uma hipótese especial de razões de segunda ordem que atuam excluindo as razões de primeira ordem nas situações de sua incidência. Com a criação do aparato normativo do Direito, torna-se desnecessário rediscutir todos os aspectos políticos e morais que são pertinentes aos casos que se apresentam cotidianamente ao Judiciário, dado que as normas jurídicas já antevêm as hipóteses do mundo dos fatos e prescrevem, de antemão, seus resultados. Por esse motivo, as normas são, na verdade, motivos/razões para as ações humanas: ao guiar sua conduta, o indivíduo obedece às normas de maneira automática, sem questionar seu mérito<sup>12</sup>.

O condutor de um veículo, por exemplo, mantém-se na faixa da direita por uma questão de coordenação: possibilitar a continuidade do tráfego viário na comunidade. Ao agir dessa forma, o indivíduo não se questiona qual é a melhor opção para chegar a seu destino - se utilizando a pista da esquerda ou a da direita - mas simplesmente cumpre aquilo que está prescrito na norma legal. Tal questão (andar pela faixa da direita) foi de antemão decidida pelo Direito por meio de suas normas, não exigindo que o intérprete reflita sobre o tema novamente, todas as vezes que dirija seu veículo.

Com relação ao Direito, ao contrário dos exemplos ligados à *expertise*, o que lhe confere autoridade é exatamente a possibilidade de coordenação legítima das condutas em uma sociedade plural<sup>13</sup>. As normas jurídicas, compreendidas como razões de segunda ordem,

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, por exemplo, é a lição de Justen Filho (2002, p. 591), para quem: “*Em grande parte dos casos, a atividade das agências refletirá conhecimentos técnico-científicos e atuação de especialistas. Os juízos e avaliações em que se fundam as decisões das agências poderão exteriorizar um conhecimento especializado dificilmente acessível ao funcionamento comum e normal do Poder Judiciário, cuja renovação via judicial seja extremamente problemática*”.

<sup>12</sup> RAZ, 2009, p. 216-219.

<sup>13</sup> Waldron (1999, 129-138), no entanto, parece sugerir que, a par do aspecto relacionado à coordenação, a decisão da maioria teria autoridade também por *expertise*, já que a sua decisão seria sempre superior à de indivíduos isolados. O autor utiliza três argumentos para defender sua tese: i) o utilitarismo mostra que a melhor decisão é aquela que agrega a maior felicidade entre os membros, o que leva à regra da maioria; ii) o teorema de Condorcet afirma que a probabilidade de uma resposta correta é maior quando a questão é

possibilitam o agir coletivo, excluindo as razões pessoais dos agentes na formação de suas vontades em se tratando de condutas relacionadas a temas em que se mostra necessária a cooperação entre os indivíduos. Jeremy Waldron resume esse ponto da seguinte maneira:

Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer a lei mesmo quando ela vai contra os seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião confiante – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política. Pois a decretação da medida em questão é indício da existência de uma opinião quanto à sua justiça, sua moralidade ou sua conveniência, que é diferente da deles; *alguém* deve ter sido a favor da lei ou achado que era uma boa ideia. Em outras palavras, a existência da lei, juntamente com a opinião do indivíduo, é indício de *discordância moral* na comunidade quanto à questão subjacente. O funcionário deixar de implementar a lei porque ela é injusta ou o cidadão fazer outra coisa que não aquilo que a lei exige porque isso seria mais justo equivale a abandonar a própria ideia de lei – a própria ideia de comunidade que toma posição em uma questão da qual os seus membros discordam. É um retorno à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece correto<sup>14</sup>.

A compreensão das normas jurídicas como razões de segunda ordem possibilita entender com maior facilidade outros aspectos relacionados à ideia de Estado de Direito. As normas, ao excluirmos as razões pessoais sobre determinado assunto, diminuem o grau de discricionariedade dos intérpretes, tanto dos governantes como dos governados, trazendo previsibilidade e igualdade de tratamento. Tem-se, então, que Estado de Direito é aquele que se utiliza de normas jurídicas como pautas de conduta, cuja função é excluir as razões pessoais dos agentes na formação do juízo, diminuindo sua discricionariedade, seja limitando a atuação estatal ou demarcando a esfera de autonomia individual, com o objetivo de promover a coordenação das condutas e a eficiência no trato intersubjetivo em uma sociedade plural. Para uma melhor compreensão inicial do tema, dois aspectos merecem ser esclarecidos.

Em primeiro lugar, o ideal do Estado de Direito só se mostra plausível se as pessoas realmente conseguirem utilizar as normas como guias de conduta. Em uma sociedade que trata seus membros como sujeitos autônomos e capazes, as normas devem ser acessíveis para que eles possam organizar suas vidas da forma como melhor entenderem. Nesse contexto, a

---

decidida por muitos do que quando se dá individualmente; e iii) Aristóteles comprovou que uma multidão de pessoas, por meio de uma síntese deliberativa, chegará a uma resposta melhor do que o mais inteligente dos homens.

<sup>14</sup> WALDRON, 2003, p. 44-45.

capacidade de compreender e autoaplicar os comandos normativos revela-se essencial para que se caracterize um ordenamento como justo<sup>15</sup>. Normas incompreensíveis ou misteriosas produzem vários efeitos deletérios para o Estado de Direito. Por um lado, se as pessoas não conhecerem o conteúdo das normas, elas continuarão a se valer das próprias razões, o que minaria o agir coletivo. Por outro, caso as normas sejam vagas e obscuras, aumenta-se consideravelmente a discricionariedade dos agentes públicos encarregados de aplicá-las, que, em última análise, poderão manipular as condutas dos membros da comunidade<sup>16</sup>.

Em segundo lugar, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 175-212) deixa claro ao identificar a justicialidade como subprincípio do Estado de Direito, a mera existência de normas jurídicas não é garantia de sua observância. Isso porque, da mesma forma como o pluralismo razoável faz com que as pessoas discordem quanto às razões que devem ser positivadas como normas, as diferentes perspectivas e experiências individuais conduzem a um desacordo com relação à interpretação dos textos legais. Reduzir o Estado de Direito a um conjunto de normas seria o mesmo que ignorar uma das facetas essenciais do fenômeno jurídico. Sabe-se que divergências quanto à interpretação de dispositivos legais podem gerar disputas tão ou mais acirradas do que questões morais e políticas<sup>17</sup>. No contexto, a forma como as instituições públicas resolvem os conflitos jurídicos também se reveste de importância para um Estado que tenha como meta tratar seus cidadãos com dignidade e respeito. Trata-se daquilo que Jeremy Waldron (2010a, p. 10-25) denominou de aspecto procedimental do Estado de Direito, relacionado ao modo pelo qual um processo judicial é instaurado, desenvolvido e decidido.

Assim, não só a possibilidade de os cidadãos se guiarem de maneira segura por meio de normas jurídicas possui uma dimensão moral para o Estado de Direito. A prerrogativa de expor sua compreensão sobre o significado da norma perante um juízo imparcial que analisará com seriedade seus argumentos também possui um valor intrínseco. Com efeito, há um

---

<sup>15</sup> Lon Fuller (1969), em obra seminal, enumerou oito princípios formais relacionados à autoaplicação das normas por parte dos cidadãos, que correspondem à “moralidade interna” no Direito. Eis os princípios: i) generalidade; ii) publicidade; iii) prospectividade; iv) inteligibilidade; v) consistência (ausência de graves contradições); vi) estabilidade; vii) possibilidade de cumprimento; e viii) administração da Justiça de forma congruente com o que estatui as normas.

<sup>16</sup> Esse alerta foi feito por Herbert L. A. Hart, para quem a alienação dos cidadãos frente ao ordenamento jurídico eventualmente geraria uma situação em que eles poderiam ser manipulados pelos detentores do poder, assim como as ovelhas em relação ao seu pastor, o que, obviamente, geraria o risco de serem levados ao abatedouro. Segundo o autor, o que caracterizaria esse descolamento entre o Direito e a sociedade seria a falta da percepção daquilo que ele denominou como aspecto interno do fenômeno jurídico, o que ocorreria exatamente quando as pessoas deixassem de compreender o significado das normas e o modo pelo qual elas são criadas. Cf. HART, 1997, p. 100-117.

<sup>17</sup> Cf. o artigo de Robert Post e Reva Siegel (2007) sobre o papel do chamado “backlash” em resposta a decisões judiciais nos EUA que acabam por gerar mudança na compreensão da própria Constituição.

sentimento geral de que o Estado de Direito está sendo violado quando se tem notícia de que os prisioneiros da chamada *guerra contra o terror*, custodiados em Guantánamo, serão julgados sem assistência de advogados, com base em testemunhos obtidos mediante tortura e tendo como árbitros militares americanos<sup>18</sup>. Em sentido semelhante, a doutrina continua reticente quanto aos julgamentos realizados no âmbito administrativo, sob o fundamento de que a imparcialidade desses procedimentos está muito aquém dos patamares exigidos em um Estado de Direito<sup>19</sup>. Enfim, qualquer forma que diminua a capacidade dos cidadãos de argumentar ou de ver seus argumentos apreciados com neutralidade abala a credibilidade de um regime que se diz legítimo.

Há, pois, a necessidade da observância de alguns requisitos no que tange à faceta procedimental do Estado de Direito. A possibilidade de se ingressar em juízo caso haja dúvidas quanto à aplicação do Direito é um deles. No Brasil, a chamada doutrina do *acesso à justiça*, seguindo as lições de Mauro Capelletti (1988), vem se dedicando profundamente ao tema, diagnosticando os gargalos do sistema e apontando soluções para facilitar o acesso<sup>20</sup>. A instauração de procedimentos imparciais que possibilitem aos cidadãos comprovar as suas versões dos fatos é outra característica essencial. Isso envolve determinadas medidas, como: ser ouvido por um juiz imparcial, devidamente qualificado para sua função, que decida com base em provas produzidas no bojo do processo; ser representado e aconselhado por advogado em todas as fases; ter acesso às instâncias superiores; poder contestar as provas produzidas pela outra parte etc. Trata-se do que se convencionou chamar de princípio do devido processo legal processual<sup>21</sup>.

Instaurada a relação processual contraditória, as partes devem ter a chance de argumentar ante o juiz as razões pelas quais entendem ser aplicável, ou não, determinado dispositivo legal ao caso. Não obstante as inúmeras regras e princípios existentes em um ordenamento jurídico, espera-se que as partes consigam formular um argumento de maneira coerente, apresentando uma concepção de Direito que seja compatível com o material legal

---

<sup>18</sup> Johan Steyn (2003), ex-membro da Casa dos Lordes inglesa (antiga Suprema Corte britânica), definiu a situação de Guantánamo como um “buraco-negro” jurídico.

<sup>19</sup> Justen Filho (2002, p. 548) ressalta que “*o traço distintivo fundamental entre função administrativa e função jurisdicional consiste na neutralidade do órgão julgador*”, concluindo que “*por maior que possa configurar a ‘isenção’ da autoridade administrativa, nunca existirá uma imparcialidade na acepção que se configura no âmbito jurisdicional*”.

<sup>20</sup> Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, Cap. 3.

<sup>21</sup> De acordo com Chemerinsky (2006, p. 545-546), o que diferencia o princípio do devido processo legal processual do substantivo é que, no primeiro caso, estabelecem-se os ritos a que o governo deve obedecer para atingir o patrimônio, a liberdade ou a vida de qualquer pessoa. Já no segundo caso, ao se invocar a cláusula do devido processo legal, está-se questionando se o governo possui alguma razão legítima para atingir o patrimônio, a liberdade ou a vida do cidadão, ainda que observados os procedimentos legais.

preexistente. Ou seja, oportuniza-se aos cidadãos, por meio do procedimento judicial, a possibilidade de expor sua visão de mundo sobre os pré-compromissos políticos firmados pela sociedade, explicando o motivo pelos quais entendem que as atitudes por eles tomadas estão de acordo com o que o ordenamento jurídico de fato preceitua. As partes adversas irão apresentar uma porção de argumentos concorrentes, alegando, por exemplo, que o resultado pretendido por uma das partes não pode ser inferido das normas ou dos precedentes, enquanto a outra, em contrapartida, alegará que uma interpretação sistemática conduz inexoravelmente ao que a parte *ex adversa* nega, e assim por diante.

O que se espera, em um Estado de Direito, é que o magistrado que for decidir este caso acate os argumentos daquele que, em face das normas existentes, apresente o melhor argumento. Espera-se que o juiz, ao elaborar sua própria interpretação dos fatos e do Direito, adote a concepção mais persuasiva daquilo que foi construído pela sociedade por meio de suas instituições até aquele momento, exigindo do intérprete o que Ronald Dworkin denominou o dever de *integridade*<sup>22</sup> para com o ordenamento jurídico. Não por outro motivo considera-se equivocado que o julgador decida o caso com base, exclusivamente, em suas razões pessoais, devendo a solução encontrada guardar congruência com o material jurídico anteriormente produzido. De outro modo, caso se considerasse aceitável julgar um caso divorciado das razões legais, estaria sendo negado o caráter de *razão excludente* ou de *razão de segunda ordem* das normas jurídicas, jogando por terra toda a lógica inerente ao discurso do Estado de Direito. Assim, a aderência ou fidelidade ao texto legal é condição essencial para que se considere uma atuação estatal legítima.

No âmbito do controle de constitucionalidade, o exercício jurisdicional pode por vezes apresentar-se problemático. Isso porque as Constituições normalmente contêm uma série de normas que expressam visões de mundo contraditórias, como é o caso do direito à propriedade em contraposição ao princípio da função social da propriedade na Constituição

---

<sup>22</sup> Cláudio de Oliveira (2009, p. 5466) resume o modelo de integridade de Dworkin da seguinte forma: “no modelo da integridade ‘inclusiva’, defendido por Dworkin, os controversos princípios de moralidade que os juízes devem usar para justificar suas decisões nos casos difíceis, possuem uma dupla limitação. Em primeiro lugar, eles não podem ser uma mera expressão do desejo contingente de justiça de alguns magistrados. Na atividade de construção destes princípios o passo inicial é dado pelos demais membros da comunidade: os juízes devem apresentar princípios de justiça capazes de apresentar de um modo coerente as decisões políticas adotadas pela comunidade, articulando de modo coerente as convicções de ‘justiça’ fixadas, de tempos em tempos, por exemplo, por representantes eleitos. Em segundo lugar, a coerência pretendida pela integridade não se resume a oferecer a melhor concepção (a mais coerente) do conjunto de decisões sobre ‘justiça’ adotadas pela comunidade. Faz parte da atividade do juiz respeitar também os princípios de ‘equidade’ e ‘devido processo’. Especialmente no caso da ‘equidade’, que define os procedimentos democráticos de legislação, respeitar tais princípios pode fazer com que juízes se deparem com princípios de ‘justiça’ que, não obstante não seja perfeitamente coerente em relação às demais decisões sobre ‘justiça’, ainda assim deva prevalecer em virtude dos princípios de ‘equidade’ que também prevalecem”.



Brasileira de 1988. As possibilidades interpretativas que surgem na articulação das diversas cláusulas constitucionais podem levar o intérprete a acreditar de maneira equivocada que as suas razões devem ser as únicas ou as mais importantes na formação do juízo.

A ânsia de modificar a realidade social por meio da hermenêutica jurídica inerente ao discurso de várias doutrinas contemporâneas pode trazer sérios riscos ao Estado de Direito, transformando o argumento jurídico em um discurso empobrecido sobre a visão ideal de mundo para o intérprete. Em outras palavras, a baixa densidade normativa das cláusulas constitucionais pode ser interpretada erroneamente como um convite para fazer valer as considerações políticas e morais do hermenêuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário. Como consequência dessa atitude, a prática jurídica, ao invés de afunilar o espectro de considerações do intérprete, serve como camuflagem para uma atuação eminentemente política. Alguns exemplos facilitarão a compreensão dessa angústia.

### III. *O Neoconstitucionalismo e o “fim” do Estado de Direito*

Em 22 de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento quanto à aplicabilidade da lei complementar nº. 135/10, de 4 de junho de 2010 – chamada *lei da ficha limpa*, que criou uma série de novas condições de elegibilidade para candidatos a cargos eletivos – às eleições gerais de 2010<sup>23</sup>. Apesar de haver uma regra expressa no art. 16 da Constituição Federal com sentido claro de que “*a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*”, a menos de um mês do pleito – que ocorreria no dia 3 de outubro – a Corte discutiu por quase 11 horas sobre a incidência (ou não) do dispositivo constitucional ao caso.

O cerne da questão jurídica foi decidir se a expressão “*processo eleitoral*” englobaria todas as etapas desde o fim do período de filiação partidária, que ocorre um ano antes das eleições, ou se se limitaria ao período após as convenções partidárias, ocorridas em junho de 2010. Os ministros favoráveis à aplicação imediata argumentavam que a lei que estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade deveria ser observada, pois regularia período anterior ao *processo eleitoral*, de maneira que os chamados *fichas sujas* não poderiam ser escolhidos como candidatos pelos partidos nas convenções, afastando-se, assim, o óbice constitucional.

---

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 630.147, Min. Rel. Ayres Britto, julgado em 29/09/10, acórdão publicado no DJ-e de 05/12/11.

O que chamou a atenção no debate foi o fato de que alguns ministros favoráveis à aplicação da lei fizeram um exercício de ponderação, afastando a aplicação da regra constitucional em face ao princípio da moralidade<sup>24</sup>. Ressalte-se, novamente, que a questão posta nos autos se restringia à aplicabilidade da lei ao pleito de 2010, não se referindo à constitucionalidade material das hipóteses de inelegibilidade. Isto significa que o ingresso em uma argumentação acerca do princípio da moralidade era absolutamente desnecessário, pois, em regra, a data da entrada em vigência de determinada lei independe do conteúdo da norma. Ao que parece, para os magistrados que invocaram princípios constitucionais para justificar a aplicabilidade da novel legislação às eleições de 2010, o significado da expressão *processo eleitoral* seria variável a depender do resultado da interpretação, se em conformidade (ou não) com suas convicções morais. Dito de outra forma, a norma constitucional não teve o condão de excluir as razões pessoais do intérprete em seu raciocínio prático.

Se é certo que a Constituição possui várias cláusulas vagas cuja aplicação por vezes se mostra problemática, não se pode olvidar que grande parte das normas constitucionais possui alto grau de determinação que não demanda maiores reflexões interpretativas<sup>25</sup>. Em situações tais, em uma sociedade que cultua os valores inerentes ao Estado de Direito, a atitude de decidir pela não aplicação de uma regra tendo por fundamento princípios revela-se, no mínimo, questionável. No caso do art. 16 da Carta Magna, o motivo que ensejou a edição da norma constitucional foi o de proibir que, às vésperas do pleito eleitoral, se modifiquem *as regras do jogo*, independentemente de seu conteúdo<sup>26</sup>. Afastar a incidência da referida cláusula constitucional significa, aparentemente, substituir as razões da norma pelas do intérprete.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, confira o seguinte trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, para quem “*as finalidades éticas do art. 16 deverão ainda ser sopesadas com o sentido teleológico concretizado pelo legislador complementar ao editar a lei de inelegibilidades (proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício de mandatos, considerada a vida pregressa dos candidatos, normalidade e legitimidade das eleições contra abuso do poder político e econômico)*”. (RE nº 630.147, p. 97).

<sup>25</sup> Humberto Ávila (2009, p. 189) adverte que “*a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios. Tanto que a Constituição Federal de 1988 é qualificada de ‘analítica’, justamente por ser detalhista e pormenorizada, característica estruturalmente vinculada à existência de regras, em vez de princípios*”.

<sup>26</sup> De acordo com Celso Bastos e Ives Gandra (1989, 2º vol., p. 597), ao comentar o referido dispositivo: “*A preocupação fundamental consiste em que a lei eleitoral deve respeitar o mais possível a igualdade entre os diversos partidos, estabelecendo regras equânimes, que não tenham por objetivo favorecer nem prejudicar qualquer candidato ou partido. Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão as suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar em elemento da batalha eleitoral. É, portanto, a vacatio legis contida nesse art. 16 medida saneadora e aperfeiçoadora do nosso processo eleitoral*”.

Há outros casos problemáticos, como os em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis utilizando unicamente como parâmetro de controle o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade<sup>27</sup>, o que significa dizer que os juízes, diante de uma norma infralegal, consideraram que as razões jurídicas legitimamente positivadas não seriam apropriadas sob a perspectiva do intérprete. Conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha conferido ao Poder Judiciário a prerrogativa de aferir a constitucionalidade de leis, isso não parece significar que ela tenha outorgado aos juízes o poder de julgar o legislador. Inexistindo cláusula constitucional claramente violada, não há que se falar em controle das opções legislativas.

No campo doutrinário, o que tem aparentemente justificado essas intervenções questionáveis do Supremo Tribunal Federal na esfera de conformação legislativa é o que se convencionou chamar de teoria do *Neoconstitucionalismo*. De fato, tanto a aplicação direta e a efetividade de princípios constitucionais como a prática da ponderação de valores são ferramentas interpretativas usualmente associadas a essa corrente de pensamento cujas principais teses foram resumidas por Luís Prieto Sanchís:

[M]ás principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución em todas las áreas jurídicas y em todos conflictos minimamente relevantes, em lugar de espacios exentos em favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotencial judicial em lugar de autonomia del legislador ordinário; y, por ultimo, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictórios, em lugar de homogeneidad ideológica<sup>28</sup>

Ocorre que, levadas ao extremo, essas teses aniquilam a ideia de Estado de Direito. Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes – utilizando-se princípios como parâmetro e ponderação como técnica – elas perderão sua capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. Explica-se: ao se constatar que os princípios constitucionais irradiam por todo o ordenamento jurídico, torna-se possível argumentar, em qualquer caso, por mais ordinário que seja, a favor do resultado que se considera o mais correto, uma vez que o texto fundamental alberga uma infinidade de valores contraditórios em sua essência.

<sup>27</sup> Cf. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 855, Min. Rel. Octavio Gallotti, julgada em 06/03/08, acórdão publicado no DJ-e de 27/03/09; e Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.467, Min. Rel. Ellen Gracie. Brasília, acórdão publicado no DJ-e de 01/06/12.

<sup>28</sup> SANCHÍS, 2003, p. 117.

Disseminadas as teses do Neoconstitucionalismo e tornada endêmica a prática de contestação das normas, os indivíduos acabarão por ter que reconstruir em todos os casos as razões que entendem ser relevantes para a solução de seus problemas, perdendo-se, assim, em eficiência e em coordenação, valores inerentes ao Estado de Direito. Nesse sentido, a utilização do ambíguo vocábulo *fim* no título da presente Tese foi proposital. Pretende-se abordar o *fim* – no sentido de finalidade – do Estado de Direito para se questionar se as teses defendidas pela doutrina do Neoconstitucionalismo estariam dando *fim* – aniquilando/exterminando – (a) esse ideal político.

Em essência, a discussão gira em torno do modo como a Constituição deve ser interpretada. Enquanto o ideal do Estado de Direito sugere que o papel dos tribunais é o de manter os compromissos políticos assumidos pela sociedade – inclusive os constitucionais – o Neoconstitucionalismo incita o intérprete a “*explorar os potenciais emancipatórios presentes no texto constitucional*”<sup>29</sup>, vislumbrando na interpretação judicial um dos mais, senão o mais, importante mecanismo de transformação social, o que leva a uma constante revisão da compreensão do texto fundamental<sup>30</sup>.

A situação torna-se mais preocupante quando se percebe que nossa Constituição dá margem a interpretações de toda ordem. Há princípios sociais e liberais. Requer-se a elaboração de políticas para reduzir as desigualdades sociais e regionais ao mesmo tempo em que se impõe eficiência econômica no trato da coisa pública. O direito à propriedade é garantido desde que se respeite a sua função social. Ante tal cenário, uma interpretação constitucional progressista, dissociada do contexto político, deságua em *pragmatismo jurídico*<sup>31</sup>, em que as normas jurídicas mencionadas na fundamentação da decisão, ao invés de restringir o seu juízo cognitivo, servem apenas de argumento retórico para legitimar a escolha que o intérprete entende produzir as melhores consequências.

A presente Tese pretende explorar essa tensão entre o Estado de Direito e as teses defendidas pelo Neoconstitucionalismo, apontando em que medida as práticas relacionadas a essa teoria enfraquecem e/ou debilitam a ideia de organização da vida social por meio de normas jurídicas.

---

<sup>29</sup> MAIA, 2009, p. 118.

<sup>30</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso (2009a, p. 210), a mutação constitucional é a alteração informal da Constituição, que modifica o seu sentido e alcance, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação em seu texto.

<sup>31</sup> Diego Arguelhes e Fernando Leal (2010, p. 173) definem pragmatismo jurídico “*como uma concepção que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes*”.

#### IV. *Objetivos e plano de trabalho*

O escopo da pesquisa é analisar criticamente as teses defendidas pelo Neoconstitucionalismo a partir da reconstrução interpretativa do ideal político Estado de Direito. Atualmente, fala-se muito em princípios, ponderação e direitos fundamentais, relegando-se a legalidade a segundo plano. O que motivou esta Tese foi elucidar conceitualmente um sentimento de perda de dignidade gerado quando juízes decidem diretamente com base em valores constitucionais em detrimento do texto legal. A possibilidade de emancipação social por meio do Direito, inerente ao discurso neoconstitucional, tem sido festejada pela doutrina e endossada por membros da magistratura, calando as vozes dos que acreditam que decisões marcadas pela flexibilização das normas e das obrigações jurídicas sejam injustas.

A linguagem utilizada pelo Neoconstitucionalismo de reabilitação da moral no discurso jurídico também tem sido uma barreira para aqueles que não concordam com as teses dessa corrente doutrinária, pois sugere que seus críticos seriam necessariamente contrários à moralização das relações intersubjetivas, sendo logo taxados pejorativamente como positivistas ultrapassados. Mas a partir de uma investigação analítica sólida, pautada por autores frequentemente reivindicados pelos próprios neoconstitucionalistas em defesa de suas teses, será possível elaborar uma crítica consistente e não-positivista, demonstrando que o respeito à legalidade também possui uma dimensão moral na medida em que vincula os conceitos de dignidade humana e Estado de Direito. Em outras palavras, a flexibilização das normas e obrigações jurídicas com fundamento no resguardo de uma moralidade difusa e casuística resvala, na verdade, em uma violação crônica do conteúdo moral que sempre está presente no conceito de legalidade no Estado de Direito.

Há, portanto, duas tarefas a serem desempenhadas na presente Tese. Uma é a reconstrução interpretativa do Estado de Direito, explicitando conceitualmente a razão pela qual esse ideal político tornou-se amplamente difundido e algo moralmente desejado nas democracias contemporâneas. A outra é diagnosticar os riscos inerentes à aceitação e à disseminação das teses do chamado Neoconstitucionalismo para o Estado de Direito. Não obstante haver inúmeros estudos sobre a possível tensão entre o controle de constitucionalidade e a democracia<sup>32</sup>, não há ainda na literatura pátria um trabalho que trate de

---

<sup>32</sup> Na doutrina pátria, vale mencionar o excelente trabalho de Conrado Hubner Mendes (2008) que, a partir do mesmo marco teórico utilizado nessa Tese (Waldron), analisou a conveniência do aparelhamento de um sistema de controle de constitucionalidade pelo prisma da legitimidade democrática.

maneira sistemática o tema aqui abordado, o que justifica o empreendimento a ser desenvolvido.

A tarefa será dividida em sete etapas. No primeiro capítulo, buscar-se-á definir Neoconstitucionalismo e enquadrá-lo no debate constitucional contemporâneo. A origem do termo, o contexto de sua formulação e o modo como foi importado para o debate acadêmico nacional serão as primeiras preocupações. Após identificar a inspiração e a essência desse movimento doutrinário, a questão da legitimidade da jurisdição constitucional será abordada com a finalidade de localizar o argumento neoconstitucional nesse debate. Já no segundo capítulo serão analisados os textos de Eduardo Ribeiro Moreira, Luís Roberto Barroso, Antônio Cavalcanti Maia e Daniel Sarmento, quatro dos principais autores neoconstitucionalistas, com o intuito de identificar as principais teses por eles compartilhadas.

No terceiro capítulo será tratada a questão do papel normativo das teorias neoconstitucionais. Será defendido, com base em Dworkin, que toda abordagem jurídica reflete uma concepção específica que, apoiada em valores, vislumbra na prática jurídica um propósito a ser promovido. No caso do Neoconstitucionalismo, o principal valor cultuado é o da transformação social, o que implica uma série de consequências que serão abordadas no capítulo quarto. A ênfase no Poder Judiciário, a preferência por princípios, a utilização de argumentos de política e a ponderação de valores – as principais teses da concepção jurídica neoconstitucional – serão criticamente apreciadas, demonstrando-se como essas ideias são articuladas por esses autores de maneira a desencadear uma perigosa fluidez interpretativa. Argumentar-se-á que, em virtude de seu esforço teórico de se livrar das amarras legais e de seu foco nos resultados interpretativos, o Neoconstitucionalismo se transforma em uma espécie de pragmatismo jurídico, gerando uma série de consequências negativas para a ideia de Estado de Direito.

Os capítulos quinto e sexto serão destinados à definição dos elementos que compõem o Estado de Direito, iniciando-se a análise a partir de uma reconstrução histórica da expressão *Estado Democrático de Direito*, que acabou por ser positivada em nossa Constituição. Será demonstrado que, em virtude da incorporação desastrosa dessa expressão, aliada com o desprestígio das normas jurídicas em razão do longo período de ditadura militar e das teses neutras defendidas pelo positivismo jurídico, desvirtuou-se, no Brasil, o debate sobre o que seja Estado de Direito, levando a um esvaziamento de significado desse ideal político.

A partir da concepção waldroniana, tentar-se-á resgatar a essência do termo, demonstrando que o que torna o Estado de Direito um ideal político atrativo é o modo digno pelo qual os cidadãos são tratados em uma sociedade regida por normas jurídicas

legitimamente positivadas. Com o aporte das teorias de Jeremy Waldron, Joseph Raz e Ronald Dworkin, será formulado o modelo focal de administração da vida coletiva por meio do Direito para, ao final, apontar, no sétimo capítulo, em que medida as teses neoconstitucionais representam um perigo para o Estado de Direito.

## **Conclusão**

O Neoconstitucionalismo já está nas ruas. Acadêmicos, magistrados e alunos debatem suas teses com a mesma naturalidade com que discutem a interpretação de um artigo do Código Civil. Brada-se a independência dos formalismos de outrora. Argumenta-se que os princípios jurídicos e a ponderação libertaram os juristas das amarras legais que os subjugavam, possibilitando agora uma atuação mais proativa, com vistas a promover justiça social. Os estudos sobre arranjos institucionais, funcionamento da democracia e formas de aquisição e exercício do poder, antes relevantes para os teóricos de direito constitucional, cederam espaço a teorias da argumentação que utilizam o ponto de vista dos juízes constitucionais, como o caso central da prática jurídica.

É curioso que esse protagonismo dos tribunais não tenha proporcionado um maior interesse no estudo sobre o Estado de Direito. A rigor, uma ênfase maior no Poder Judiciário deveria desencadear um incremento nas pesquisas sobre o modo como as normas jurídicas restringem a discricionariedade dos agentes públicos e trazem previsibilidade e certeza para a vida dos cidadãos, focando-se no papel dos magistrados na promoção desses valores. Não foi bem isso que aconteceu. Quando se fala em legalidade, associa-se logo a um positivismo ultrapassado, uma compreensão limitada do fenômeno jurídico. Alega-se que os juízes, com seu senso moral aguçado, necessitam de maior flexibilidade para desenvolver suas capacidades emancipatórias. Leis e códigos? Isso tudo é coisa do passado. Interpretar a letra da lei? Nem pensar! O importante mesmo são os valores e os princípios constitucionais.

Como consequência dessa lógica, o trabalho dos neoconstitucionalistas tem sido basicamente o de desenvolver instrumentos que possibilitem uma atuação judicial mais expansiva e criativa. Hércules virou Zeus. Razoabilidade, proporcionalidade, constitucionalização do Direito, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, derrotabilidade das normas jurídicas, força normativa da Constituição, sobreinterpretação constitucional, filtragem constitucional etc., são todas expressões que possuem em comum o fato de

conferirem aos juízes um maior poder de interferência na realidade social. Normas e regras jurídicas fazem parte de um vocabulário antiquado. Fala-se agora em princípios, valores, fins, *standards*, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, toda matéria-prima que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos intérpretes. A indeterminação dos textos legais é paradoxalmente festejada e admirada. Quanto mais abstrato, mais sentido tem. O que tem significado é que é insignificante.

Argumentou-se ao longo desta Tese que essa postura neoconstitucional produz um custo social muito alto, que não está sendo devidamente contabilizado por seus adeptos. A prática jurídica não se resume ao julgamento de casos de grande repercussão pelo Supremo Tribunal Federal. Os cidadãos utilizam as normas jurídicas em seu dia a dia, na intermediação de suas relações com outros cidadãos e com o Estado. O Direito está presente tanto no preenchimento do formulário de imposto de renda e na assinatura de um contrato de seguro de saúde, quanto no reconhecimento da constitucionalidade da união civil homoafetiva e da possibilidade do uso de células-tronco em pesquisas científicas. A imagem do magistrado analisando meticulosamente qual das interpretações possíveis produz o melhor resultado social não reproduz de maneira adequada todas as dimensões do fenômeno jurídico.

Na condução de suas vidas, os cidadãos dependem do Direito. E eles não desejam simplesmente aguardar de maneira passiva as decisões *ex post factum* dos agentes estatais sobre o modo apropriado de preencher o formulário fiscal ou quais são as doenças preexistentes que estão excluídas da cobertura de determinado seguro. Ao contrário, querem efetivamente participar da prática jurídica, compreendendo o significado das normas jurídicas, utilizando-as como guias de conduta e avaliando criticamente a conduta dos demais participantes a partir dos parâmetros normativos devidamente estabelecidos. Em suma, os cidadãos almejam ter uma atitude reflexiva crítica acerca dessa prática, compartilhando aquilo que Hart (1997, p. 56) denominou de aspecto interno do Direito. Para tal desiderato, entretanto, os cidadãos precisam ter o mínimo de conhecimento sobre como os agentes públicos irão interpretar as normas jurídicas. Somente antevendo as possíveis consequências da adoção de determinados atos é que o agente tem condições de decidir com autonomia a conduta a adotar.

O conceito jurídico que apreende com exatidão essa necessidade dos cidadãos de se situarem na prática jurídica como sujeitos autônomos que ditam os rumos de suas vidas é o de Estado de Direito. Conforme se demonstrou, a legalidade é o meio pelo qual o Estado trata os cidadãos com dignidade na utilização das normas jurídicas na intermediação da vida em coletividade, diferenciando-se de outros modelos de Estado que manipulam as condutas dos



indivíduos por meio de ameaças e coerção. Pode-se dizer, assim, que o Estado de Direito é uma virtude ou qualidade moral presente em alguns regimes jurídicos que estabelecem um meio legítimo de proceder no uso e na aplicação das normas jurídicas. O Estado de Direito, portanto, refere-se à dignidade de tratamento, não de resultado.

Alegou-se que, para servir a esse seu *fim*, o Estado de Direito exige, fundamentalmente, que as normas jurídicas sejam utilizadas de maneira efetiva como guias de conduta, que se disponibilizem procedimentos decisórios participativos e que os juízes, ao interpretar tais normas, decidam com base em argumentos jurídicos que possam ser aferidos racionalmente pelos demais membros da sociedade. No contexto, uma interpretação judicial inovadora que modifique o entendimento firmado nas normas e nas decisões anteriores, para ser considerada legítima, deve articular de maneira consistente os elementos presentes nos demais compromissos políticos já adotados pela comunidade no afã de demonstrar a existência de um princípio subjacente aos demais atos institucionais indicando uma ordem prioritária de valores que, por coerência, deve ser projetado ao caso em análise. Esse exercício hermenêutico faz-se necessário para que o juiz demonstre não estar impondo sua visão política sobre o assunto, mas sim julgando de acordo com as normas jurídicas válidas, permitindo que sua decisão seja avaliada de maneira crítica pelos demais participantes da prática jurídica. É o argumento de princípio, portanto, que justifica o trânsito entre as dimensões da adequação e da justificação da interpretação jurídica.

O Neoconstitucionalismo, contudo, em sua ânsia de reconstruir a teoria jurídica com fundamento em novos valores, relega a legalidade a segundo plano, passando a se importar primariamente com a substância das decisões. Tomando por base casos nos quais a sociedade viu-se transformada pelo Direito, como o *Brown v. Board of Education*, essa doutrina elabora um arsenal teórico que possibilita reproduzir as mesmas condições que desencadearam a emancipação social nesses casos simbólicos em todos os casos judiciais. Foca-se em mecanismos que possibilitam aos juízes realizarem revoluções sociais independentemente da política majoritária, o que obviamente só é possível se o Poder Judiciário não estiver subordinado às opções legislativas. Desenvolveu-se, então, uma teoria constitucional totalizante, que influencia o modo de ver de todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda questão jurídica em questão constitucional. Os instrumentos para tanto já são conhecidos: princípios, valores, fins, ponderação, direitos fundamentais etc. Esse passo faz com o Neoconstitucionalismo se distancie dos ideais do Estado de Direito, já que, por um lado, torna as normas jurídicas mais fluidas e indeterminadas, e, por outro, deixa a atividade jurisdicional menos previsível.

Não obstante a vasta formulação de mecanismos que conferem maior liberdade aos juízes, o Neoconstitucionalismo olvidou-se de desenvolver uma teoria normativa que indique como os juízes devem decidir os casos que agora lhes são apresentados livres das amarras formais<sup>33</sup>. Fala-se em reencontro com a moral, mas isso não é o bastante. Argumentou-se, na Tese, que toda interpretação é moral. Quando um formalista decide um caso sem se afastar do texto legal, está agindo assim porque entende que essa é a interpretação que melhor apresenta a prática jurídica como um todo. Da mesma forma, um originalista, ao tentar buscar o sentido original dado às cláusulas constitucionais por aqueles que promulgaram a Constituição, assim o faz por considerar que esse é o modo mais legítimo de lidar com o conteúdo indeterminado do texto constitucional. Essas são opções eminentemente morais. Cada intérprete impõe valores à prática jurídica que norteiam todas as suas interpretações subsequentes, ditando, assim, o conteúdo de sua concepção jurídica. Ao se perguntar quais valores alimentam a concepção neoconstitucional, contudo, encontra-se um vazio. Não há uma agenda definida. Às vezes o viés é liberal, outras vezes é social. De vez em quando se valoriza a eficiência, em outras a redistribuição de renda.

O Neoconstitucionalismo encontra-se, então, em uma encruzilhada. Enquanto pretensão apresenta-se como um discurso totalizante, sendo um descendente direto do constitucionalismo dirigente, cujo objetivo era preparar a transição para o socialismo. A ausência de um substrato normativo semelhante transforma essa doutrina em um discurso vazio, desaguando numa das mais virulentas versões do pragmatismo jurídico, em que nem as normas devem ser respeitadas, nem há um rumo a ser tomado, abrindo-se espaço para o arbítrio. Isso se torna muito evidente quando seus autores permitem a utilização de argumentos de política e sua ponderação com princípios: não há uma ordem de valores prioritários para esses teóricos, mas apenas preferências que cambiam a depender do contexto fático e, principalmente, de quem interpreta o texto constitucional. Ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais, o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do *fim*.

Felizmente os próprios autores neoconstitucionais já estão começando a dar conta dos efeitos perniciosos que sua teoria tem causado para a nossa prática jurídica. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 11 e 18), um dos precursores dessa corrente doutrinária, já reconhece que “o

---

<sup>33</sup> Luís Roberto Barroso é uma exceção a essa regra. Em recente artigo publicado em inglês, o autor procura dar contornos normativos ao princípio da dignidade humana para que sirva de parâmetro ao exercício da jurisdição constitucional. Cf. BARROSO, 2012.

*discurso (sedutor) da dogmática principialista (...) tem se prestado a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através dos princípios”, concluindo de maneira crítica que “todas as questões jurídicas vêm sido reportadas à dignidade da pessoa humana”. Daniel Sarmiento (2007, p. 144) é ainda mais enfático ao afirmar que as teses do Neoconstitucionalismo abriram espaço para um “decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo”. E arremata: “Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles o julgador de plantão consegue fazer tudo o que quiser”.*

Não obstante as críticas, esses autores ainda não conseguiram conceitualizar o sentimento de perda que emerge quando os juízes utilizam uma das variadas teses de flexibilização das normas para decidir conforme suas preferências pessoais. Tanto Schier quanto Sarmiento, sem abrir mão de seu instrumental teórico, procuram apelar para a prudência dos julgadores como forma de evitar que abusos sejam cometidos. Não se conseguiu identificar a raiz do problema. O que se argumentou no trabalho foi que esse sentimento de perda está intimamente ligado à violação dos valores subjacentes ao conceito de Estado de Direito. A partir do reconhecimento da dignidade da legislação e do Estado de Direito, muitas das angústias compartilhadas por esse autores podem ser mais bem compreendidas, possibilitando, a partir de uma interpretação construtiva, a adaptação de suas concepções jurídicas para albergar esses valores em seu âmago. Dado esse passo, contudo, haverá uma reviravolta no estudo do Neoconstitucionalismo. A centralidade da perspectiva do juiz como o agente da transformação social cederá espaço à revalorização da política democrática como principal fórum decisório e para o estudo do modo pelo qual as normas jurídicas advindas desse processo político passam a ser respeitadas e utilizadas como guias de conduta. Nesse dia será possível dizer que o Estado de Direito terá dado um *fim* ao Neoconstitucionalismo.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. 2006 Oliver Wendell Holmes Lecture. **Harvard Law Review**, v. 120, n°. 07, p. 1737-1812, maio de 2007.

AGRA, Walber de Moura. A Legitimação da Jurisdição Constitucional pelos Direitos Fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: Os Desafios no Terceiro Milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O Estado de Direito e seus inimigos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n°. 2222, de 1º de agosto de 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13254>. Acesso em: 20 set. 2012.

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, vol. 96, n°. 5, p. 943-1005, abril de 1987.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução: Zilda Silva. São Paulo: Landy, 2008a.

ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma Compatibilização. In: **XIV Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Fortaleza nos dias 3, 4 e 5 de julho de 2005, publicado nos Anais do Congresso. Disponível em

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>.

Acesso em 13/07/2012.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007a.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado**, v. 10, p. 25-66, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Mutação Constitucional. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. ‘Here, There, and Everywhere’: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**, vol. 35, n . 2, p. 331-193, 2012.

BARROSO, Luís; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpreta o constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpreta o Constitucional: Pondera o, Direitos Fundamentais e Relat es Privadas**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BALKIN, Jack M. What “Brown” Teach us about Constitutional Theory. **Virginia Law Review**, vol. 90, n . 6 (50 Years of *Brown v. Board of Education*), p. 1537-1577, out. de 2004.

BALKIN, Jack. **Constitutional Redemption: Political Faith on Unjust World**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

BASTOS, Celso. MARTINS, Ives. **Comentários   Constitui o do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEATTY, David. **The Ultimate Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BEDAQUE, José Roberto. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDNER, Adriaan. An Elementary Approach to the Rule of Law. **Hague Journal on the Rule of Law**, vol. 2, nº. 1, p. 48-79, março de 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria Constitucional. In: SOUZA NETO et. al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma relação difícil. **Lua Nova**, nº. 61, p. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. As Possibilidades de uma Teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, nº. 49, p. 81-99, dezembro de 2006.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOROWSKI, Martin. The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court. **Ratio Juris**, Vol. 16, nº. 2, p. 155-186, Junho de 2003.

BRANCO, Paulo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURRUS, Bernier. American Legal Realism. **Howard Law Review**, nº. 8, p. 36-52, 1968.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARTE, Franciso Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLETT, André; DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003a.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neconstitucionalismo: Ensayos Escoridos**. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para uma Definição. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid, Trotta, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

COELHO, Inocêncio. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 35, nº. 137, p. 157-164, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

COHEN-ELYIA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 8, nº. 2, p. 263-286, abril de 2010.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: Um Análisis Metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

COSTA, Alexandre; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: Uma Ideia em Movimento. In: COSTA, Alexandre *et. al.* **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

COSTA, Alexandre; ASSIS, Vivian. O Direito Achado na Rua: Reflexões para uma Hermenêutica Crítica. In: **XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília-DF, nos dias 13, 14, 15 e 16 de outubro de 2010, publicado nos Anais do Congresso, p. 5896-5906. Disponível em <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/direito-achado-na-rua-hermeneutica-critica.pdf>. Acesso em 6 de setembro de 2012.

CRAIG, Paul. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. **Public Law**, nº. 21, p. 467-487, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo. Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: O Procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker. **Journal of Public Law**, nº. 6, p. 279-295, 1957.

DIAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 6 ed. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio. **Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou Reconstrução do Positivismo Jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landi, 2006.

DYZENHAUS, David. The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin: Contemporary Philosophy in Focus**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. Do Values Conflict? A Hedhog's Approach. **Arizona Law Review**, vol. 43, n.º. 2, p. 251-259, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count? **Journal of International Criminal Justice**, n.º. 1, p. 4-12, 2003.

DWORKIN, Ronald. The Practice of Integrity: Keynote Address. **Acta Juridica**, p. 1-17, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Is it absurd to calculate human rights according to a cost-benefit analysis. **The Guardian**, 24 de maio de 2006a. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2006/may/24/comment.politics>. Acesso em 19/08/2012.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE JR., William; FRICKEY, Philip. The Making of the Legal Process. **Harvard Law Review**, vol. 107, n.º. 8, p. 2031-2055, junho de 1994.



FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. **Revista Forense**, v. 102, p. 113-126, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

FININIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

FRANCISCO, José Carlos. Estado Democrático de Direito, Políticas Públicas e Novos Modelos de Governanças Internacionais. In: HORBACH, Carlo et. al. **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. ed. rev. New Haven: Yale University Press, 1969.

FUX, Luiz (coord.). **Jurisdição Constitucional: Democracia e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GREEN, Leslie. The Concept of Law Revisited. **Michigan Law Review**, nº. 94, p. 1687-1717, maio de 1996.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Raz on Constitutional Interpretation. **Law and Philosophy**, vol. 22, nº. 2, p. 167-193, março de 2003.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Structural Judicial Review and the Objection from Democracy. **University of Toronto Law Journal**, vol. 60, nº. 1, p. 137-154, 2010.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade. Vol. 1**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Henry; SACKS, Albert. **The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law**. Westbury: Foundation Press, Inc., 1994.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

HAYEK, Friedrich. **The Constitution of Liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

HAYEK, Friedrich. **Law, Legislation and Liberty: Volume 1, Rules and Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1978a.

HOLMES JR. Oliver Wendell. **The Common Law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

HOLMES JR, Oliver Wendell. The Path of the Law. In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John. **Arguing About Law**. New York: Routledge, 2009.

HORBACH, Carlos. A Nova Roupagem do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 96, n. 859, p. 81-91, mai./2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LOPES, José Reinaldo. Judiciário, democracia, política pública. **Revista de Informação Legislativa**, n.º. 31, p. 255-265, mai./jul. 1994.

KEATING, Gregory C. Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law. **American Bar Foundation Research Journal**, vol. 12, n.º. 2/3, p. 525-535, 1987.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes 2003.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. 2ª ed. rev. e ampl. Traduzido por Max Knight. Clark: The Lawbook Exchange, 2005.

KLARMAN, Michael J. *Brown*, Racial Change, and the Civil Rights Movement. **Virginia Law Review**, v. 80, n.º. 1, p. 7-150.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACINTYRE, Alastair. Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity. In: MCLEAN, Edward. **Common Truth: New Perspectives on Natural Law**. Wilmington: ISI Books, 1999.

MACKENNA, Marian. **Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court-packing Crisis of 1937**. New York: Fordham University Press, 2002.

MADISON, James. **Federalist n.º 10 – The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection**. New York: New York Packet, 1787. Disponível em: [http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed\\_10.html](http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_10.html) Acesso em: 10 de junho de 2012.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MATIAS, João Luis. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MCWHINNEY, Edward. Judge Jerome Frank and Legal Realism: An Appraisal. **New York Law Forum**, vol. 3, nº. 2, p. 175-205, abril de 1957.

MENDES, João Ozório. EUA podem fazer escuta sem autorização judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 8 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-08/governo-eua-escutas-autorizacao-judicial-tribunal>. Acesso em: 09 de agosto de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. **Revista dos Tribunais**, nº. 766, p. 11-28, ago. 1999.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, nº. 31, p. 71-88, 1978.

MENDONÇA, Eduardo. A Constitucionalização da Política: Entre o Inevitável e o Excessivo. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, vol. 1, nº. 18, 2010. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1362/1150>. Acesso em 20/06/12.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Ed. Método, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estado, Economia e Neoconstitucionalismo – Notas sobre o Caso Brasileiro. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEUBORNE, Burt. Judicial Review and Separation of Powers in France and in the United States. **New York University Law Review**, nº. 57, p. 363-442, junho de 1982.

NEUBORNE, Burt. Formalism, Functionalism, and the Separation of Powers. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 22, nº. 1, p. 45-52, Outono de 1998.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. "Direito como Integridade" e "Ativismo Judicial": Algumas Considerações a partir de uma Decisão do Supremo Tribunal Federal. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília-DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de

2008, publicado nos Anais do Congresso, p. 5444-5479. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_835.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_835.pdf). Acesso em 20 de maio de 2012.

PEDRON, Flávio Quinad. Comentários sobre as Interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal**, nº. 30, p. 70-80, jul./set. de 2005.

PEDRA, Anderson. **O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos. A Hermenêutica Constitucional como Instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PENTEADO, Luciana. O “Quê” de Específico nas Cláusulas Gerais. **Revista Direito GV**, nº. 1, vol. 1, p. 149-152, maio de 2005.

PEREIRA, Jane Reis. Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREZ, Glória. **Daniella Perez**: Arquivos de um processo. Disponível em: [www.gloriaperez.net](http://www.gloriaperez.net). Acesso em: 22 de maio de 2012.

PERRY, Stephen. Hart’s Methodological Positivism. In: COLEMAN, Jules. (ed) **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

POSNER, Richard. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

POSNER, Richard. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

POST, Robert. **Constitutional Domains: Democracy, Community, Management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, 2007. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968). Acesso em: 03 de junho de 2012.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. **Doxa**, nº. 21, vol. II, p. 339-353, 1998.

PURCELL JR., Edward A. American Jurisprudence between the Warts: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory. **The American Historical Review**, vol. 75, nº. 2, p. 424-446, dez. de 1969.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. Tradução de Stanley Paulson. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 26, nº. 1, p. 1-11, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, n° 3, p. 295-324, 1985.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009a.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. “Novo Código Penal é uma obscenidade. Não tem conserto”. São Paulo: 2012. **Revista Consultor Jurídico**, 2 de setembro de 2012. Entrevista concedida a Pedro Canário e Marcos de Vasconcellos. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>. Acesso em 02/09/2012.

RICHARDS, David. Rules, Policies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy on Common Law and Constitutional Adjudication. **Georgia Law Review**, n° 11, p. 1069-1114, 1977.

RICHARDS, David. Human Rights as the Unwritten Constitution: The Problem of Change and Stability in Constitutional Interpretation. **University of Dayton Law Review**, n° 4, p. 295-304, 1979.

RICHARDS, David. The Theory of Adjudication and the Task of the Great Justice. **Cardozo Law Review**, n° 1, p. 171-218, 1979a.

RICHARDS, David. The Aims of Constitutional Theory. **University of Dayton Law Review**, n° 8, p. 723-744, 1983.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope: Can Courts bring about Social Change?** 2ª ed. Chicago: Chicago University Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. **Cardozo Law Review**, n° 24, pg. 1523, 2002-2003.

RUBENFELD, Jed. **Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre o Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma Visão Panorâmica do Caso Brasileiro. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SCALIA, Antonin. Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In: **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. Judicial Supremacy and the Modest Constitution. **California Law Review**, vol. 92, p. 1045-167, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 4, 2005.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidad**. Madrid: Aguilar, 1971.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, nº. 798, p. 23-50, 2002.

STEYN, Johan. **Guantanamo Bay: The Legal Black Hole**. 2003 Twenty-Seventh F.A. Mann Lecture. Disponível em <http://www.statewatch.org/news/2003/nov/guantanamo.pdf>. Acesso em: 03 de junho de 2012.

STONE, Adrienne. Judicial Review Without Rights: Some Problems for Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review. **Oxford Journal of Legal Studies**, nº. 28, vol. 1, p. 1-32, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009a.

STRUCHINER, Noel. Porturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SULLIVAN, Kathleen; GUNTHER, Gerald. **Constitutional Law**. 6ª ed. New York: Foundation Press, 2007.

SUMMERS, Robert. A Formal Theory of the Rule of Law. **Ratio Juris**, vol. 6, nº. 2, p. 127-142, julho de 1993.

SUNSTEIN, Cass. Problems with Rules. **California Law Review**, vol. 83, nº. 4, p. 956-1026, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 47, p. 73-165, 2008.

TAMANAH, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging**. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. VII, nº. 3, p. 129-156, out. de 1893.

THOMPSON, Edward. **Senhores e Caçadores**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

TRIBE, Laurence H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. **Yale Law Journal**, vol. 89, nº. 6, p. 1063-1080, maio de 1980.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, nº. 3, p. 468-493, julho de 2009.

ULHÔA; Raquel; BASILE, Juliano. “Prefiro falar a me omitir”, diz Mendes. **Valor Econômico**, São Paulo, 15 abril 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. **Harvard Law Review**, vol. 96, nº. 3, p. 561-675, 1983.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Tradução de Caio Farah e Marcio Grandchamp. São Paulo: Boitempo: 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2008.

VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 09, p. 67-77, jan./jun. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an Italian point of view. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, Nº. 4, p. 621-650, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 8ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Estado Constitucional. In: HORBACH, Carlo et. al. **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. **Ratio Juris**, vol. 2, nº. 1, p. 79-96, março de 1989.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 13, no. 1, p. 18-51, 1993.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. **Hastings Law Journal**, vol. 45, p. 813-824, 1993-1994.

WALDRON, Jeremy. Why Law - Efficacy, Freedom, or Fidelity? **Law and Philosophy**, vol. 13, nº. 3, p. 259-284, 1994a.

WALDRON, Jeremy. Dirty Little Secret. Book Review of What Should Legal Analysis Become? **Columbia Law Review**, vol. 98, nº. 2, p. 510-330, 1998.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? **Law and Philosophy**, vol. 21, nº. 2, p. 137-164, março de 2002.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law as a Theater of Debate. In: BURLEY, Justine. (ed.) **Dworkin and his Critics**. Malden: Blackwell Publishing, 2004.



WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (ed.) **Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALDRON, Jeremy. How Judges Should Judge. Book Review of Justice in Robes. **The New York Review of Books**, 10 de agosto de 2006.

WALDRON, Jeremy. Legislation and the Rule of Law. **Legisprudence**, vol. 1, n.º. 1, p. 91-124, 2007.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, vol. 43, n.º. 1, p. 1-61, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Parliamentary Recklessness: Why we need to legislate more carefully**. Auckland: Maxim Institute: 2008.

WALDRON, Jeremy. Do Judges Reason Morally? In: HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008b.

WALDRON, Jeremy. Can there be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, p. 675-712, 2008-2009.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Jures, 2010.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law and the Importance of Procedure. **New York University School of Law - Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, out. de 2010a. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1688491>. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

WALDRON, Jeremy. Vagueness and the Guidance of Action. **New York University School of Law - Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, nov. de 2010b. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1699963>. Acesso em: 2 de setembro de 2012.

WALDRON, Jeremy. How Law Protects Dignity. **New York University School of Law - Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, dec. de 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1973341>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

WALDRON, Jeremy. **The Rule of Law and the Measure of Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

WECHSLER, Hebert. Towards Neutral Principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. 73, n.º. 1, p. 1-35, 1959-1960.