

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A SUA EXPANSÃO À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Juliana Grando Machado¹

Resumo: O presente artigo trata do papel do Poder Judiciário em diferentes contextos. O estudo analisa a discricionariedade do magistrado desde o positivismo jurídico até o neoconstitucionalismo, apresentando sua evolução e suas peculiaridades. Certo é que ao longo da história o Poder Judiciário não manteve uma constante em relação à amplitude de sua atuação. O Brasil, especialmente após a redemocratização, passou por um período de fortalecimento da Constituição, denominado “sentimento constitucional”, que propiciou uma maior ingerência por parte do Poder Judiciário para resolver crises e proteger valores e direitos fundamentais da sociedade. Por fim, é inegável o amadurecimento institucional do Judiciário, o que trouxe benefícios, mas, também, diversas críticas.

Palavras-Chave: Positivismo Jurídico. Neoconstitucionalismo. Princípios. Regras. Poder Judiciário. Discricionariedade. Sentimento Constitucional. Direitos Fundamentais.

Abstract: This article deals with the role of the Judiciary in different contexts. The study analyzes the judge's discretion from legal positivism to neoconstitutionalism, explaining its evolution and peculiarities. It is true that throughout history the Judiciary Branch has not maintained a constant in relation to the breadth of its performance. Brazil, especially after redemocratization, went through a period of strengthening of the Constitution, called “constitutional sentiment”, which allowed for greater interference by the Judiciary to resolve crises and protect society's fundamental values and rights. Finally, the institutional maturity of the Judiciary is undeniable, which brought benefits, but also several criticisms.

Key words: Legal Positivism. Neoconstitutionalism. Principles. Rules. Judicial power. Discretion. Constitutional Feeling. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, tal como conhecida atualmente, percorreu um longo e espinhoso caminho até que se chegasse na ascensão científica e institucional do direito constitucional. Se antes vigorava o estado legislativo de direito, agora tem-se o estado constitucional de direito.

O estudo do direito perpassou por diversos marcos teóricos, como, por exemplo, o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo.

¹ Graduada em Direito pela PUCRS; Pós-Graduada em Direito da Seguridade Social – Previdenciário e Prática Previdenciária, Pós-Graduada em Direito Constitucional Aplicado; Advogada Associada do Escritório Bretanha e Machado Advogados Associados

Essa travessia propiciou algumas mudanças, como a superação do formalismo jurídico, a cultura jurídica pós-positivista, a ascensão do direito público e a centralidade do ordenamento na Constituição.

Ademais, o crescimento populacional associado ao resgate de um “sentimento constitucional”, notadamente na conscientização da sociedade em relação à proteção de seus direitos, gerou uma crescente judicialização de demandas. Ressalte-se, ainda, que inúmeras questões de grande repercussão social, moral e econômica vêm encontrando abrigo na instância decisória do Poder Judiciário.

Frise-se que a redemocratização do país também cumpriu função importante para a ascensão do Poder Judiciário, uma vez que as liberdades democráticas foram recuperadas e os juízes e os Tribunais passaram a gozar das garantias inerentes à magistratura.

Certo é que os juízes, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, possuem como função resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, garantindo a estabilidade constitucional.

O presente artigo tem por escopo apresentar os diversos marcos teóricos que o Direito, especialmente em âmbito constitucional, percorreu, a fim de demonstrar o papel do magistrado em cada segmento histórico. Nota-se, outrossim, que a independência conquistada pelo Poder Judiciário não passou indene de críticas.

Buscar-se-á tratar sobre o positivismo jurídico, apresentando a Classificação de Norberto Bobbio, isto é, o positivismo jurídico “ideológico”, o positivismo jurídico “teórico” e o positivismo jurídico “metodológico”. Em seguida, tratará da posição de Hans Kelsen, desmistificando seu ponto de vista. Por fim, será analisada a decadência do Positivismo Jurídico.

Tratar-se-á sobre o neoconstitucionalismo e a releitura dos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Analisar-se-á a expansão institucional do Poder Judiciário, bem como as críticas realizadas, como a da dificuldade contramajoritária, a da capacidade institucional e a da limitação do debate.

Portanto, será analisada a discricionariedade judicial e a sua expansão de acordo com os feixes teóricos das últimas décadas.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico não é somente uma corrente filosófica acerca do Direito. Ao revés, também é uma realidade do mundo jurídico e político que se impôs a partir das revoluções liberais, sendo um resultado do processo histórico da codificação (BOBBIO, 2006. p. 54).

No decorrer da Revolução Francesa, eram frequentes as manifestações revolucionárias sobre a necessidade de condensar o direito em um código simples e claro, como imperativo político que derivava do reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão. Nessa toada, foi exatamente no íterim da Revolução que surgiu a ideia de um Código Civil, que mais tarde viria a ser chamado de “*O Code Napoléon*”. Este, por sua vez, deu início à época em que floresceram as principais concepções do positivismo jurídico (FONTES, 2020, p. 70).

Releva notar que a codificação está intimamente ligada à afirmação dos direitos individuais, que eram considerados pelo iluminismo como “direitos naturais” (SQUELLA, 1998, p. 102).

Com efeito, as principais teses do positivismo jurídico resumem-se em: (I) a ciência como conhecimento único verdadeiro; (II) o conhecimento científico é objetivo e, por fim, (III) o método científico empregado nas ciências naturais deve ser aplicado a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências naturais (BARROSO, 2015, p. 273).

No mesmo sentido, Alf Ross elenca seis maneiras de conceber o positivismo jurídico: (I) a distinção entre direito e moral; (II) a concepção imperativista das normas jurídicas; (III) a ideia de que o Direito é um conjunto de normas que se aplicam por meio da força; (IV) a concepção mecanicista da função judicial e a ideia de que os juízes aplicam, mas não criam o Direito; (V) a ideia de que todo o ordenamento jurídico deve ser obedecido; e (VI) a negação da existência de um direito natural como um direito anterior e superior ao direito positivo (*apud* FONTES, 2020, p. 68).

Isto posto, percebe-se que o positivismo jurídico assenta que o conteúdo do direito depende dos fatos sociais e não de seu conteúdo. A existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito, outra. (AUSTIN, 1995, p. 157)

2.1 Classificação de Norberto Bobbio

Inicialmente, convém ressaltar que a palavra “positivismo” contempla uma série de posições teóricas, sendo, portanto, plurissignificativa. O positivismo jurídico, enquanto paradigma teórico, está longe de ser algo uniforme; pelo contrário, é possível considerar posições teóricas que são, entre si, profundamente heterogêneas. (STRECK, 2016, p.19)

O positivismo jurídico, dessa forma, não se resume a uma única hipótese, e foi, justamente no intuito de facilitar a compreensão e diferenciar as principais teses atribuídas a respeito dessa expressão que Norberto Bobbio apresentou uma classificação a respeito do tema: o positivismo jurídico “ideológico”; o positivismo jurídico “teórico” e o positivismo jurídico “metodológico”. (BOBBIO, 1999, p. 39- 64)

2.1.1 Positivismo Ideológico

O positivismo ideológico, por sua vez, divide-se em positivismo ideológico forte e positivismo ideológico moderado.

2.1.1.1 Positivismo Ideológico Forte

O positivismo ideológico forte apregoa que as normas, desde que legais e formalmente válidas, têm força obrigatória, isto é, independentemente do conteúdo material da norma jurídica, sua autoridade exige que seja cumprida.

Dessa forma, o aplicador do Direito não hesita em cumprir cegamente a lei, o que, por vezes, pode gerar situações de extrema injustiça.

De acordo com Lênio Streck:

O positivismo ideológico é caracterizado em posturas que defendem atese de que o direito positivo possui força obrigatória, devendo ser portado obedecido e aplicado por juízes, independentemente de um julgamento acerca dos escrúpulos morais que o envolvem. (STRECK, 2016, p. 20)

No mesmo sentido, Samuel Sales Fontes (SALES, 2020, p .70) leciona que há um componente moral no positivismo ideológico forte, uma vez que se trabalha com um dever moral de obediência às leis, o que Norberto Bobbio denomina de “positivismo ético”.

Percebe-se que essa corrente é uma versão radical do positivismo jurídico, gerando diversas críticas dos operadores do Direito no que tange à sua aplicação.

2.1.1.2 Positivismo Ideológico Moderado

Diferentemente do positivismo ideológico forte, o positivismo ideológico moderado considera o Direito apenas como um meio de realização de um importante valor, qual seja, a instauração da ordem social. (SALES, 2020, p. 70)

O direito serve, por sua mera existência, à realização de determinados valores que consagram a ordem, a paz social, a segurança, a justiça social, independentemente da justiça substancial de suas normas. (SGARBI, 2007. p. 715)

Para Norberto Bobbio, existem duas razões para que a lei seja um instrumento eficiente para atingir a ordem: a lei é genérica, prestigiando a igualdade formal e a segurança, uma vez que a lei por ser abstrata, reverencia a segurança jurídica. (BOBBIO, 1995. p. 230)

Frise-se que o que positivismo ideológico forte e o moderado possuem em comum é a obrigação de cumprir a norma jurídica, independentemente de seu conteúdo.

2.1.2 Positivismo Teórico

O positivismo teórico não distingue texto e norma, isto é, na prática, o juiz é a boca da lei (*"la bouche de la loi"*). Nessa toada, não há diferenças significativas do positivismo ideológico, não fosse o fato de que não há um componente moral no positivismo teórico. A conclusão é, pois, científica, não ideológica. (SALES, 2020, p.71)

Conforme cita Lênio Streck (STRECK, 2016, p. 22), o apego à lei é uma consequência natural da teoria adotada, na medida em que é uma única fonte reconhecida pelo Direito.

2.1.3 Positivismo Metodológico

Os positivistas metodológicos, por sua vez, sustentam que a própria teoria do direito é moralmente neutra e puramente descritiva: suas teses não dependem, para ser verdadeiras, de algum tipo de teste moral. (NEIVA, 2017)

Nesse sentido, Hans Kelsen afirmava que o jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. (KELSEN, 2009. p. 77)

Com efeito, para essa corrente é possível que um aplicador do Direito descreva um ordenamento jurídico hipotético, ainda que não concorde com seu conteúdo. O que está sob análise é a realidade, não a sua opinião.

Segundo Norberto Bobbio:

O romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito justo ou verdadeiro e direito injusto ou aparente. Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. (BOBBIO, 1995. p. 136)

Ademais, para o positivismo metodológico quando uma norma possuir diversas interpretações possíveis, a discricionariedade judicial é inevitável. Dito de outro modo, o mesmo caso concreto é passível de comportar diferentes interpretações dentre os magistrados.

2.1.3.1 Positivismo Metodológico de Hans Kelsen

O legado de Hans Kelsen está vinculado à expansão que sua doutrina denominada “Teoria Pura do Direito” recebeu. Este livro pode ser interpretado como a maior ressonância do positivismo novecentista no século XX, assim como também a obra de maior penetração na cultura jurídica que produziu a ampla disseminação da cultura lógico-normativista. (BITTAR, 2011, p. 263)

É oportuno repisar que Hans Kelsen propõe a imagem de uma pirâmide a fim de representar a estrutura escalonada do ordenamento jurídico. Sendo assim, as leis são válidas porque a Constituição permitiu ao legislador a respectiva competência.

Remanesce, todavia, o problema do fundamento de validade da própria Constituição. Hans Kelsen identifica-o na denominada “norma hipotética fundamental”. Trata-se de pressuposto lógico, segundo o qual devem ser cumpridas as normas elaboradas de acordo com a Constituição. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 187)

Nessa toada, esclarece Hans Kelsen:

[...] a proposição fundamental da ordem jurídica estadual diz: devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. Em forma abreviada: devemos conduzir-nos como a constituição prescreve. (KELSEN, 2009 p. 247).

Todavia, o professor de Viena descreve hipóteses em que haverá uma indeterminação do escalão inferior, como nos casos das normas plurissignificativas ou, ainda, quando duas normas, igualmente válidas, se contradizem.

Nessas situações de indeterminação, Hans Kelsen propõe aplicar o Direito em uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 2009 p. 390).

Em suma, todos os sentidos dados à norma são possíveis, uma vez que haverá discricionariedade para decidir.

A despeito do que foi difundido a seu respeito, Hans Kelsen admitia o relativismo e a discricionariedade na aplicação do Direito interpretado. É o que se nota quando o jusfilósofo assevera que:

[...] dizer que uma sentença é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 2009 p. 391).

Nesse sentido, para o autor não haveria um resultado unicamente correto, mas apenas um resultado possível. Essa escolha de umas das interpretações inseridas na moldura da norma seria um ato de política do Direito.

Com efeito, vale ressaltar as palavras de Hans Kelsen nesse ponto:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar a correta, não é sequer (...) uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa ou único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se propõe, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas. Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

Insta apontar que a pureza descrita na obra “Teoria Pura do Direito” aloja-se na dimensão científica da teoria, não no momento da aplicação do Direito. Cientificamente, Kelsen é puro. Interpretativamente, Kelsen é impuro. (FONTELES, 2020, p. 77)

Portanto, há de se distinguir o plano da ciência do Direito do plano da aplicação do Direito.

É bem verdade que Hans Kelsen passou a ser associado a regimes totalitários, a exemplo do nazismo. Todavia, o autor, que, inclusive, possuía ascendência judaica, não era insensível à humanidade.

Esse trecho de sua obra “Teoria Pura do Direito” revela sua posição:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las como situando-se fora da ordem jurídica desses estados. (KELSEN, 2009 p. 44)

Percebe-se que Kelsen transmite uma sensibilidade moral, na medida em que reconhece a possibilidade de condenação veemente das medidas dos ordenamentos de Estados Totalitários. Entretanto, alerta que essa censura não pertence ao mundo científico-jurídico, mas sim ao campo moral. (FONTELES, 2020, p. 79)

2.2 Decadência do Positivismo Jurídico

Sem embargo, a decadência do positivismo jurídico é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos, por sua vez, ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao final da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura formal, já não tinha aceitação no pensamento dos cidadãos. (BARROSO, 2015, p. 276)

Nesse diapasão, o positivismo jurídico passou a ser visto como uma jusfilosofia a serviço de Estados Totalitários, mormente porque a validade das regras, em geral, não era posta em xeque quando em rota de colisão com princípios morais. Nos dizeres de Kelsen “(...) todo e qualquer conteúdo pode ser Direito” (FONTELES, 2020, p. 95)

Conforme elucida Luís Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica. (BARROSO, 2015, p. 276)

Surgem, assim, a partir do segundo pós-guerra, teorias do Direito que procuraram reascender as esferas do Direito e da Moral. Na constelação de ideias que procuram oferecer alternativas às abordagens positivistas, não há unidade ou consenso. Há, entretanto, convergência no tocante a dois objetivos: procurar superar a separação entre Direito e Moral preconizada pelo positivismo e reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 200)

3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo é a expressão utilizada pela doutrina para indicar a alteração na natureza dos Estados constitucionais modernos, sobretudo em relação aos Estados legais do século XIX. A noção incluiria a força normativa da Constituição, que adquire maior eficácia jurídica, sobretudo através dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, bem como o caráter marcadamente principiológico das constituições atuais. (FONTES, 2020, p. 62)

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo possui como marco histórico, o Pós-Segunda Guerra Mundial; como marco filosófico, o Pós-positivismo e, por fim, como marco teórico: a) a força normativa da Constituição; b) a construção de uma nova hermenêutica constitucional; c) a ampliação da jurisdição constitucional; d) os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana no centro da tutela jurídica.

O pós-positivismo caracteriza-se por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Não há, todavia, reconhecimento de valores metafísicos ou religiosos para a busca da justiça, mas sim a argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 201)

Outrossim, o pós-positivismo tem relação direta com o modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas: o neoconstitucionalismo.

É cediço, ademais, que as Constituições contemporâneas são marcadas pela presença de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados em sede constitucional. (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 107-117)

3.1 A (Re)Leitura dos Princípios Constitucionais

O neoconstitucionalismo restou marcado pela transição de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito. Este, por sua vez, orienta que a validade das leis não depende única e exclusivamente de sua produção formal, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

Como dito por Paulo Bonavides: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”². Nesse sentido, a constitucionalização do Direito não se esgota no tratamento constitucional de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária. Significa, pois, que ela envolve a “filtragem constitucional” do Direito, ou seja, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos. (BARROSO, 2009, p. 368).

Parte-se, dessa forma, da premissa de que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 203)

Como visto, o neoconstitucionalismo foi marcado pelo reencontro do Direito e da Moral. Tais valores morais, por conseguinte, materializaram-se em princípios implícitos ou explícitos na Constituição Federal.

3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições. (BARROSO, 2015, p. 284)

Immanuel Kant, ao construir sua concepção de dignidade, sustentou que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. (KANT, 2011)

Ainda, consoante Kant:

² A frase foi proferida por Paulo Bonavides ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados brasileiros em 1998.

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade. (KANT, 2011, p. 82)

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica, ainda hoje, tem identificado as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2008, p. 34)

Frise-se, por oportuno, que as formulações de Kant não permaneceram ilesas de críticas ao longo do tempo. Para Shopenhauer, o conceito de dignidade de Kant é vazio de sentido, insuficiente e até mesmo problemático, podendo servir de fundamento para qualquer coisa. (BIRNBACHER, 1997, p. 249)

Também é certo que sempre existiram contrapontos importantes, dentre os quais cumpre destacar a noção desenvolvida por Hegel, na sua Filosofia do Direito, sustentando, de certo modo, a partir de uma perspectiva escolástica – tal qual encontrada em Tomás de Aquino – que a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada. (HERDEGEN, 2003, p. 9)

Sem embargo, não se desconhece a dificuldade que a definição de um conceito de dignidade da pessoa humana apresenta. Isso porque se trata de um conceito de contornos vagos e imprecisos, além de possuir natureza polissêmica.

Nesse contexto, Ingo Sarlet aduz:

[...] costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tanto outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela praxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais. (SARLET, 2008, p. 43)

Com efeito, do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico

Kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, por sua vez, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. (BARROSO, 2015, p. 286)

Como pano de fundo, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi elaborada em um cenário de pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos. Assim, nota-se a expressão de uma nova era das garantias individuais, resultado de lutas e abusos no árduo caminho do reconhecimento dessas liberdades, até se alcançar a promulgação desse texto. (KUMAGAI; MARTA, 2010)

Isto posto, é inconteste que a dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico de *status* constitucional. Além disso, funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. (BARROSO, 2015, p. 285)

3.1.2 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Inicialmente, cumpre esclarecer que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para alguns autores, como Humberto Ávila, tratam-se, na verdade, de verdadeiros postulados.

Nesse sentido, ensina Humberto Ávila:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. (ÁVILA, 2016, p. 164)

Feita essa ressalva, passa-se a analisar a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios, de acordo com a maior parte da doutrina.

O princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, sendo amplamente empregado pela jurisprudência do

Brasil e inúmeros outros países, como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Canadá, África do Sul e Colômbia. Com efeito, sua principal finalidade é a contenção do arbítrio estatal, promovendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais e de outros interesses protegidos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 467)

Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade objetiva "instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso"; sucessivamente diz:

[...] trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas. (BONAVIDES, 1993, p. 315)

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento relacionados à garantia do devido processo legal. Nesse giro, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta, de 1215, documento de inegável importância histórica. Modernamente, sua consagração em texto deu-se através das Emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana, a partir da qual se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte. (BARROSO, 2015, p. 290)

Por outro lado, na Alemanha o princípio da proporcionalidade surgiu no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa.

A experiência germânica no uso do princípio propagou influência ao restante do mundo, uma vez que a proporcionalidade foi sendo paulatinamente incorporada à jurisprudência constitucional de inúmeros outros países, e até mesmo de órgãos jurisdicionais supranacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça das Comunidade Europeias e a Organização Mundial do Comércio. (RAMOS, 2005, p. 142-147)

Aliás, foi na jurisprudência alemã que o princípio da proporcionalidade se dividiu em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2001, p. 111)

O exame da adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim, isto é, o administrador deve utilizar um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção gradual do fim. (AVILA, 2016, p. 209)

No que tange à análise da necessidade, deve-se verificar a existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. (AVILA, 2016, p. 215)

Ainda, a proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já fez uso do subprincípio no julgamento acerca da obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor. Neste, o acórdão permite verificar que a intensidade das restrições causadas aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada superava a importância da promoção do fim, qual seja, proteção aos consumidores. (BRASIL, 1993, p. 20 - 212)

No cenário brasileiro, o princípio da proporcionalidade vem perpetuando-se desde o advento da Constituição Federal de 1988. Em que pese não exista previsão constitucional expressa na Carta Constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem fundamentado sua aplicação na cláusula do devido processo legal, no Estado de Direito ou no núcleo essencial dos direitos fundamentais, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese, a proporcionalidade pode ser extraída de inúmeros preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional, globalmente considerado. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 470)

Outrossim, a violação ao princípio da proporcionalidade pode estar consubstanciada numa norma jurídica. Entretanto há, também, a hipótese de norma jurídica compatível, em tese, com tal princípio, mas que, quando aplicada a um determinado caso concreto dotada de especificidades, produza solução desproporcional. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 472)

Nesse contexto, cresceu exponencialmente a importância do Poder Judiciário. Questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais (SHAPIRO; SWEET, 2005. p. 136-208). Esse fenômeno, por sua vez, propiciou a expansão da jurisdição constitucional que vem ocorrendo em praticamente todo o mundo, após a Segunda Guerra Mundial.

3.2 Regras e Princípios em Dworkin e em Alexy

De acordo com o entendimento de Ronald Dworkin, um princípio normativo e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. O que os diferenciaria, entretanto, seria não o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas, sim o tipo de diretiva que apresentam. (DWORKIN, 1978, p. 24)

Por sua vez, a norma da espécie “regra” tem um modo de aplicação próprio que a diferencia, qualitativamente, da norma da espécie “princípio”. Aplica-se, assim, a regra segundo o modo “tudo ou nada”; de maneira, portanto, disjuntiva. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 73)

Consoante Dworkin explica: “se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”. (DWORKIN, 1978, p. 24). Nessa toada, caso haja conflito entre regras, a solução deverá ser pautada pelos critérios clássicos da hierarquia, da especialidade e da cronologia.

Por outro lado, os princípios não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve; ao revés, os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 73)

Dessa forma, os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um, sem que seja feito por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre o quão relevante é um princípio em determinada situação. (DWORKIN, 1978, p. 27).

Enquanto os princípios concitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível, as regras determinam algo. Dito de outro modo, se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Assim, se de um lado os princípios podem ser cumpridos em maior ou menor escala, de outro, as regras somente serão cumpridas ou descumpridas. (ALEXY, 1993, p. 81)

Para Gilmar Mendes:

A colisão de princípios, da mesma forma que o conflito entre regras, refere-se a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando -se que uma delas não é válida.

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 74)

Com efeito, as Constituições, atualmente, são compostas de regras e de princípios. Caso um modelo fosse feito apenas de regras, prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. Por outro lado, caso o sistema constitucional congregasse somente princípios, haveria inaceitável insegurança às relações jurídicas. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 75)

3.3 Critérios de distinção entre princípios e regras de acordo com Humberto Ávila

De acordo com alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo “caráter hipotético- condicional”, pois, para eles, as regras possuiriam uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão. Já os princípios apenas indicariam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto. (AVILA, 2016, p. 60)

Todavia, Humberto Ávila considera tal critério diferenciador incompleto, não sendo, assim, indene de críticas.

Para o autor, embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para a encontrar a regra. Assim, esse critério contribui para que o aplicador compreenda a regra como o último passo para a descoberta do conteúdo normativo. Isso, contudo, não é verdadeiro, na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação. Dessa forma, o último passo não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa. (AVILA, 2016, p. 61)

Ato contínuo, o autor segue criticando o critério do “caráter hipotético- condicional”, uma vez que a existência de uma hipótese de incidência é questão de

formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. Dessa forma, a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas. (AVILA, 2016, p. 61)

Igualmente, Humberto Ávila critica o critério do “modo final de aplicação” seguido por alguns autores. De acordo com esse critério, as regras são aplicadas de modo absoluto “tudo ou nada”, ao passo que os princípios, de modo gradual “mais ou menos”.

Consoante o autor, é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Nesse sentido, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. (AVILA, 2016, p. 66)

De um lado, há normas em que conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparente impor, de modo absoluto, a implementação da consequência. Essa obrigação, todavia, não impede que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos. (AVILA, 2016, p. 66)

Já de outro lado, há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto. Nessas hipóteses, o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo “mais ou menos” de aplicação. (AVILA, 2016, p. 69) Percebe-se, assim, que as regras não são aplicadas ao modo “tudo ou nada” de forma uníssona, podendo, também, ostentar traços de vagueza, cuja característica não é exclusiva dos princípios.

Ademais, Humberto Ávila critica o critério do “conflito normativo”, no qual os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois a antinomia entre as regras consubstanciaria verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consistiria em um imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles. (AVILA, 2016, p. 73)

Dessa forma, o ponto decisivo não é, assim, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada. (AVILA, 2016, p. 87)

3.4 O convívio entre princípios e regras

Ante o exposto, percebe-se que um sistema jurídico não pode – e não deve – ser composto apenas de princípios, ou somente de regras. Isso porque um sistema exclusivo de princípios seria demasiadamente flexível e inseguro, ao passo que um sistema somente de regras seria tão rígido a ponto de não haver aberturas semânticas para soluções de casos concretos.

Os princípios, pela sua própria estrutura axiológica, existem para o conflito, sobretudo, num Estado de Direito que comporta uma sociedade plural como a Brasileira. Portanto, é comum que a liberdade de um grupo conflite com a liberdade de outro, ou que a liberdade de expressão esbarre no direito à intimidade, que a moralidade na administração conflite com a estrita legalidade. Não há solução pronta para conflitos de princípios, pois caso a caso, os elementos fáticos delinearão aquele que deve momentaneamente prevalecer. (CARVALHO, 2017)

As regras também não são absolutas. Existem os critérios clássicos de resolução de antinomias: o hierárquico, o da especialidade e o do tempo. Mas há, também, casos em que as regras serão ponderadas nelas mesmas, a fim de se perquirir se de sua aplicação concretiza-se a sua finalidade, verificando-se se o elemento deontico está alinhado ao seu elemento axiológico. Por isso, é correto falar que as regras também são ponderáveis. (CARVALHO, 2017)

A rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes que as regras, tampouco que as regras são mais necessárias que os princípios. Ambas espécies normativas, cada qual com sua função, convivem e necessitam uma da outra de forma equivalente. Portanto, de acordo com as considerações supracitadas, conclui-se que o problema da aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar as espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio. (AVILA, 2016, p. 149)

4. CRÍTICAS À EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Insta observar que o termo “neoconstitucionalismo” não passou indene de críticas. Nesse sentido, a maior crítica envolve a “onipotência judicial” ou a assunção da tese jusnaturalista da conexão entre o direito e moral. (FONTES, 2020, p. 63)

O crescimento da importância dos Tribunais ocorreu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 60)

Esse fenômeno é definido como judicialização da política e pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes, como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos Tribunais. (VALLINDER, 1996. p. 13)

É possível elencar, de forma exemplificativa, questões de alta relevância política, social ou moral que foram postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal: pesquisas com células-tronco embrionárias, restrição ao uso de algemas, demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais, vedação ao nepotismo e não recepção da Lei de Imprensa, proibição do uso de amianto e fornecimento de medicamentos e de tratamento fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS). (BARROSO, 2015, p. 439)

Sem embargo da relevância advinda das diversas decisões proferidas pelo Poder Judiciário e de seu fortalecimento institucional, fruto do sentimento constitucional crescente dos últimos anos, certo é que há diversas críticas à expansão da intervenção judicial.

4.1 Crítica quanto à dificuldade contramajoritária

Com o crescente protagonismo no Poder Judiciário nas últimas décadas, a jurisdição constitucional passou a despertar maior atenção, ensejando calorosos debates no âmbito acadêmico.

A dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão do fato de os magistrados, em que pese não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de interpretações dissonantes na sociedade. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 35)

Ao lado dessas críticas, há quem veja o Poder Judiciário como uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nesse ínterim, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária. (HIRSCHL, 2004. p. 214)

Um fato é inconteste: juízes e membros de Tribunais não são agentes públicos eleitos pelo povo. Resta saber se tais constatações são capazes de fragilizar a competência jurisdicional.

Em contrapartida, há quem entenda que a dificuldade contramajoritária trata-se, na verdade, de uma falácia, isto é, descartam a sua existência. Para essa corrente, nega-se que o Poder Judiciário atue em face da maioria popular ao declarar uma lei inconstitucional.

Argumenta-se que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. Nessa linha, a jurisdição constitucional teria aberto-se à participação democrática da sociedade civil, com a ampla participação popular, como, por exemplo, a ampliação do elenco dos legitimados ativos para propositura de ações diretas, bem como com a posterior incorporação do *amicus curiae* no processo constitucional. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 38)

Em suma, a própria Constituição Federal atribuiu expressamente ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal a competência para dirimir conflitos de natureza constitucional. Ademais, os ministros dos tribunais superiores são nomeados pelo Presidente da República e aprovados por uma comissão do Senado, o que denota a participação dos demais Poderes.

Por fim, o fundamento filosófico da competência jurisdicional reside no papel de proteção dos valores e direitos fundamentais da sociedade, ainda que esta se oponha.

4.2 Crítica quanto à capacidade institucional

É sabido que cabe aos três poderes interpretar a Constituição Federal e pautar sua atuação com base nela. Entretanto, a palavra final é do Poder Judiciário.

Com efeito, para evitar que o Judiciário se torne uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. (BARROSO, 2015, p. 444)

Por sua vez, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas que envolvam complexidades técnicas ou científicas não devem ser da alçada de um juiz, uma vez que possui conhecimento específico.

Já o risco de efeitos sistêmicos pode recomendar uma postura de cautela e de deferência por parte do Judiciário. Desta feita, o juiz por vocação e treinamento, normalmente estará mais preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça (BARCELLOS, 2008, p. 34), sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões acerca de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. (BARROSO, 2015, p. 445)

4.3 Crítica quanto à limitação do debate

Por último, a crítica feita à judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso ao *locus* de discussão jurídica. (BARROSO, 2015, p. 445)

Para Jeremy Waldron,

A judicialização tende a mudar o foco da discussão jurídica pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação. (WALDRON, 2006, p. 133)

Nascem, assim, o perigo de gerar uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. (YEPES, 2007, p. 63)

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso ensina:

Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes. (BARROSO, 2015, p. 446)

Frise-se que institutos como audiência pública, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil, em que pese não eliminem essa crítica, têm o condão de atenuar seus efeitos.

Por fim, cabe lembrar o pensamento de Robert Alexy no sentido de que a Corte Constitucional se legitima como um representante argumentativo da sociedade.

Dessa forma, a legitimidade não provém unicamente da representação por via eleitoral. (ALEXY, 2005, P. 578)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O florescimento da cultura constitucional sobrevivida das últimas décadas propiciou o surgimento do Estado Constitucional de Direito, segundo o qual o núcleo essencial do ordenamento jurídico emana da Constituição Federal.

O apego à lei inerente ao positivismo jurídico cedeu espaço às normas constitucionais. Agora, conceitos jurídicos indeterminados, normatividade de princípios, colisão de normas fundamentais e desacordos morais razoáveis estão presentes na comunidade jurídica.

O neoconstitucionalismo é marcado pela intersecção do Direito e da Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos abertos. A interpretação, ao contrário do positivismo jurídico, é permeável à moral, não se esgotando em uma lógica formalista. Ademais, o reconhecimento da força normativa dos princípios, a rejeição ao formalismo jurídico, a irradiação das normas e dos valores constitucionais para todos os ramos do direito e a judicialização da política e das relações sociais são fenômenos intrínsecos ao neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tornou-se indispensável. As inúmeras questões de grande repercussão social, moral e econômica encontraram abrigo na instância decisória proferida por magistrados.

É bem verdade que o protagonismo do Poder Judiciário não agradou a todos. Há quem não considere os juízes legitimados a declarar uma lei inconstitucional, uma vez que não foram eleitos pelo povo, tal qual os parlamentares. Também, critica-se a limitação do debate empregado no meio jurídico, haja vista não ser do domínio da sociedade como um todo.

Em que pese todas as críticas realizadas ao Poder Judiciário e a condução realizada pelos magistrados, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, certo é que são eles que auxiliam a proteger os valores e os princípios essenciais da sociedade, assegurando a estabilidade democrática.

Enfim, é sabido das dificuldades encontradas no percurso até o Estado Democrático ideal, e ainda há muito para ser feito, mas, como dizem, a direção certa é mais importante que a velocidade.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, internacional. *Journal of constitutional Law*, **2005**.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOZA; Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katia. **Revista Direito GV**. Vistado Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. São Paulo, jan –jun, 2012. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-controle-judicial-de-politicas-publicas>. Acesso em: 05mar. 2021.

BARAK, Aharon. **Tje judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, 2008. 3. ed. p. 17 – 54.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIRNBACHER, Dieter. **Mehrdeutigkeiten im begriff der menschenwürde**. 4. ed. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 1995.



BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo Jurídico**. México: Fontanamara, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2-PR. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Governador do Estado do Paraná e outro: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 1 nov. 1993, p. 20.212.

CARVALHO, Rafael Tawaraya Gualberto de. **Normas jurídicas**: princípios, regras e postulados. 12 dez. 2017. Disponível em: Conteúdo Jurídico | Normas jurídicas: princípios, regras e postulados (conteudojuridico.com.br)). Acesso em 28 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FONTES, Paulo Guedes Fontes. **Neoconstitucionalismo e verdade**: limites democráticos da jurisdição constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

HERDEGEN, Matthias. Neuarbeitung von Art. 1 Abs 1 – Schutz der Menschenwürde. In: Maunz, Theodor; DÜRIG, Günter. **Grundgesetz Kommentar**. München: C. H. Beck, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KANT, I. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Tais Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo, n. 77, jun. de 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 10 mar. 2021.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Positivismo Metodológico, descritivismo e a tese da neutralidade: o debate metodológico na teoria do direito contemporânea. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo, n. 161, jun. de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/positivismo-metodologico-descritivismo-e-a-tese-da-neutralidade-o-debate-metodologico-na-teoria-do-direito-contemporanea/>. Acesso em: 02 mar. 2021

PRIETO SANCHÍS, Luís. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2003.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. New York: Oxford University Press, 2005.

SOUZA NETO; Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SQUELLA, Agustín. **Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos**. México: Distribuciones Fontanamara, 1998.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. IN: C. Neal Tate; Torbjörn Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Pres, 1996.



WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 2006.

YEPES, Rodrigo Uprimmy. Judicialization of politics in Colombia. **International Journal on Human Rights**, 2007.