

NEOCONSTITUCIONALISMO: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO

NEO-CONSTITUTIONALISM: CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND JUDICIALIZATION

Maikon Cristiano Glasenapp¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. NEOCONSTITUCIONALISMO UMA CATEGORIA CONTEMPORÂNEA; 2. RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO: O Direito constitucional como sistema de Garantias; 3. ESTIPULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO FERRAJOLI; 4. GARANTIAS NEOCONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

RESUMO

Este artigo procura analisar o neoconstitucionalismo enquanto categoria teórica, que instiga uma nova teoria e efetividade do Direito Constitucional, ensejando o estudo do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais, possivelmente concebido pelas mudanças paradigmáticas do novo modelo axiológico de constituição da contemporaneidade, marcada pela presença e pela garantia constitucional de normas de direitos fundamentais, que condensam os valores da comunidade em normas positivadas.

Palavras-chaves: Neoconstitucionalismo; Direitos Fundamentais; Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

This article analyses neo-constitutionalism as a theoretical category, which instigates a new theory and effectiveness of the Constitutional Right, leading to a

¹Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2008); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Jaraguá do sul - UNERJ (2005) e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Católica de Santa Catarina. E-mail: maikon@catolisc.org.br

study of the phenomenon of the constitutionalization of the legal system of fundamental rights, possibly conceived by the paradigmatic changes in the new axiological model of constitution of contemporaneity, marked by the presence and the constitutional guarantee of norms of fundamental rights, by which community values are condensed into positive norms.

Keywords: Neo-constitutionalism; Fundamental Rights; Constitutional Guarantees.

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura oferecer elementos preliminares para iniciar a reflexão sobre a teorização do novo direito constitucional (enquanto neoconstitucionalismo) entendido como um fenômeno relativamente recente dentro do Estado Constitucional contemporâneo.

Nas palavras de Miguel Carbonel², fenômeno que parece contar cada dia com mais seguidores, sobretudo, no âmbito da cultura jurídica italiana e espanhola, e em alguns países da América Latina, tais como: Brasil, Argentina, Colômbia e México.

Como ensina Luis Prieto Sanchis³ no texto "***El neoconstitucionalismo en su laberinto, en El mismo***", o neoconstitucionalismo como teoria se apresenta como impulsor de uma nova teoria do direito, que procura dar respostas à identificação contemporânea da crise da lei, isto é, do déficit de realidade da norma com os anseios sociais. A lei, para os defensores dessa teoria, tem deixado de ser a única, suprema e racional fonte do direito.

O ordenamento jurídico se apresentou como expressão da racionalidade jurídica moderna – postulado pelo legislador⁴. O Estado se submeteu ao primado da legalidade. A lei foi concebida como norma emanada e produzida a partir da

² CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto, en El mismo* (coordinador), **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

³ PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p.123

⁴ ORTEGA, Manuel Segura. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998, p.30

expressão dos anseios sociais no âmbito da jurisdição estatal (territorial), positivando-se em códigos, o que permitiu a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas⁵, o chamado positivismo jurídico.

Noberto Bobbio⁶ em seu escrito clássico intitulado "**O positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito**" define o positivismo jurídico como "[...] aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo", isto é, o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, a que se atribui o nome de lei.

O positivismo jurídico, isto é, legislar e impor leis, direito como sinônimo da palavra lei⁷ (*causa finalis* do Estado moderno) – "império da lei" (expressão utilizada por Josep Aguiló Regla⁸), está esgotado na opinião de Manuel Atienza⁹ no texto "**El Derecho como argumentación**":

[...] el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho Natural. Al igual que Bloch escribo que 'la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia', hoy podría afirmarse que 'el constitucionalismo ha crucificado al positivismo en la cruz de la Constitución.

⁵ GLASENAPP, Maikon Cristiano. **Direito ambiental, emancipação e sociedade de risco: perspectivas emancipatória da tutela constitucional ambiental e do direito socioambiental.** Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=8608>. p. 35/36.

⁶ BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**; compiladas por Nello Morra; Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 119.

⁷ Antonio Carlos Wolkner, ao estudar De La Torre Rangel identificou "[...] três fatores causais que modelam o moderno Direito Liberal-individualista: a) A igualdade formal de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o Direito Romano; b) A codificação do Direito em norma gerais, abstratas e impessoais, ditadas pelo Estado legislador que chegará a identificar – como no positivismo do século XIX – do Direito como Lei, esvaziando o Direito de todas as idéias de justiça; c) A criação do Direito Público paralelo ao Direito Privado, como forma de garantir os direitos subjetivos e a igualdade formal, proclamados pelo Direito natural". WOLKNER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** São Paulo: Forense, p.26-27.

⁸ AGUILÓ REGLA, Josep. *Del "imperio da la ley" al "Estado constitucional". Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.* In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2008.

⁹ ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación.** Barcelona: Ariel, 2006, p. 44.

Diante deste contexto, o problema de pesquisa (jurídico) deste trabalho consiste em responder a seguinte pergunta: o neoconstitucionalismo enquanto categoria (teórica) instiga uma nova teoria e efetividade do Direito Constitucional, sobretudo, no que diz respeito à constitucionalização e a judicialização dos direitos fundamentais?

Para o equacionamento do problema e/ou propósito deste estudo, levantou-se a seguinte hipótese de pesquisa: O neoconstitucionalismo apresentar-se-ia como uma ideologia teórica, prática e política que explicaria as constantes mudanças na teoria do Direito Constitucional, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais, o que levaria ao entendimento, de que as constituições não seriam meras cartas formais de institucionalização do Estado e dos seus objetivos, mas, sobretudo, portadoras de normas materiais de eficácia imediata, o que levaria as cortes judiciais a decidirem sobre causas (demandas) que na origem seriam de natureza política, quando não observadas pelos poderes executivos e legislativos.

O resultado do trabalho e do exame da hipótese de pesquisa está exposto neste artigo, sintetizado em quatro partes, sendo assim distribuídas: na primeira, apresenta-se considerações conceituais do neoconstitucionalismo como categoria contemporânea; na segunda, apresenta-se o Direito Constitucional como um sistema de garantias, assegurado pela necessária rigidez das constituições; a terceira parte é dedicada ao estudo da estipulação dos direitos fundamentais segundo Ferrajoli; por último, considerações sobre as garantias constitucionais dos direitos fundamentais e a judicialização são apresentadas como resposta a proposta teórica do neoconstitucionalismo.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais nas quais são apresentados pontos conclusivos (numerados) e destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre o neoconstitucionalismo e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Quanto à metodologia, registra-se que, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo científico, foram realizados com base no método

indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, das categorias e conceitos operacionais¹⁰.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO UMA CATEGORIA CONTEMPORÂNEA

Neoconstitucionalismo faz parte de uma família contemporânea de categorias teóricas que estimulam uma possível e nova teoria do direito constitucional. Uma nova solução a crise da legalidade e as tensões colocadas ao Estado Constitucional de Direito.

Segundo Pietro Sanchis¹¹, algumas mudanças estão ocorrendo para a teorização desse novo direito constitucional, tais como: mais princípios em vez de regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise individual e concreta do que análise geral e abstrata; mais poder judiciário e menos poder executivo e legislativo; mais aplicação da Constituição em vez de aplicação de leis ordinárias, e por último, coexistência de uma constelação plural de valores, que podem às vezes tendencialmente ser contraditórios, em vez de homogeneidade ideológica em torno de um conjunto de princípios coerentes entre si.

Miguel Carbonell¹² em seu artigo "**Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição**" enfatiza, que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de constituições, que não se limitam em estabelecer somente competências e separar os poderes públicos, mas que contém altos níveis de normas materiais que condicionam a atuação do Estado determinando certos fins e objetivos, igualmente, essas constituições possuem um amplo catálogo de direitos fundamentais, que poderão determinar a relação entre o Estado e os cidadãos.

¹⁰ Sobre a metodologia utilizada consultar: PASOLD, Cezar Luis. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

¹¹ PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p.131.

¹² CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definição. In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.

A constituição para os neoconstitucionalistas como Riccardo Guastini¹³ deve ser um ordenamento jurídico extremamente “invasor” e “intrometido”, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência e a doutrina, bem como, a atuação dos atores políticos e as relações sociais.

Então, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, que seria “[...] *un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*”¹⁴.

Segundo Ricardo Guastini¹⁵ no artigo “**La Constitucionalización del ordenamiento jurídico**”, para a constitucionalização de um determinado ordenamento jurídico, são necessários satisfazer 7 (sete) condições que poderão conceber um ordenamento “impregnado” pelas normas constitucionais. Condição que para o autor devem estar vinculadas entre si de modo estreito, veja-se:

1) **A constituição deve ser rígida:** Uma constituição somente pode ser considerada rígida, se for escrita e se estiver garantida contra a legislação “ordinária”. As normas constitucionais não podem ser modificadas, derogadas ou revogadas, senão através de um procedimento especial de revisão, lembrando-se que alguns ordenamentos e princípios são imutáveis (perpétuos) e que não podem ser modificados de modo algum, nem mesmo por procedimentos especiais de revisão constitucional;

2) **A constituição deve ser garantida por um tribunal (jurisdição) constitucional:** A rigidez da constituição não assegura a conformidade das leis com a constituição, esse controle de consonância (harmonia) deve ser exercido por um órgão jurisdicional (tribunal constitucional);

3) **A constituição dever ter força vinculante:** O processo de constitucionalização dos direitos supõe que todas as normas constitucionais

¹³ GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

¹⁴ GUASTINI, Ricardo. **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico**. p. 49.

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico**. p. 50/57.

tenham conteúdo normativo e de caráter fundamental. Todas as normas constitucionais (normas de organização do Estado ou que declaram direitos, e que regulam a atuação do Estado para com os cidadãos) devem ser plenamente aplicadas e devem obrigar de imediato os seus destinatários. Essa condição se concretiza na idéia de que toda norma constitucional é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos de imediato;

4) **A constituição deve ser sobre interpretada:** a satisfação dessa condição depende da interpretação dos interpretes da constituição, sobretudo, do Tribunal constitucional e dos juristas. Toda constituição é um texto que por mais longo que seja sempre é finito, incompleto e limitado. Toda constituição contém em seu conteúdo lacunas. Nenhum ordenamento jurídico consegue regular a vida social e política em sua totalidade. Deste modo, os interpretes da constituição não podem se limitar a interpretação literal da constituição, precisam adotar uma interpretação extensiva, de maneira que se extraiam inúmeras normas implícitas que não estão expressas, mas que são idôneas e que podem regular qualquer aspecto da vida social e política;

5) **Deve-se aplicar diretamente as normas constitucionais:** Na concepção clássica, a função da constituição é limitar a atuação do poder político. Segundo essa concepção as normas constitucionais não regulam as relações entre os particulares. As relações sociais dos cidadãos entre si são reguladas pelas legislações "ordinárias". Em regra as normas constitucionais não são suscetíveis de aplicação direta por parte dos juízes no momento da resolução do conflito, somente deveria ser aplicável diretamente quando ocorrer uma controvérsia (demanda) entre o Estado e um cidadão, deste modo, as normas constitucionais somente poderiam ser aplicáveis após a concretização por leis "ordinárias" (complementares).

Contudo, o constitucionalismo dos dias atuais tende a pensar de forma diversa da concepção clássica. Para os defensores do neoconstitucionalismo, a função da constituição seria modelar as relações sociais. Desta maneira, as normas constitucionais devem ser imediatamente aplicadas, sobretudo, nas relações entre particulares.

Importante ressaltar que a satisfação dessa quinta condição, está diretamente relacionada com a satisfação da terceira e quarta condição. A aplicação direta dos dispositivos constitucionais pressupõe que a constituição seja concebida como um conjunto de normas vinculantes;

6) A constituição deve ser interpretada conforme as leis: Como todo texto normativo depende da interpretação para alcançar um significado, e como toda interpretação de um mesmo texto pode ser diferente conforme o interprete, pode-se produzir uma norma diversa conforme a exercício hermenêutico.

Ricardo Guastini entende que essa condição não tem haver com a interpretação da constituição e sim com a interpretação da lei. O juiz ao ter a possibilidade de aplicar a lei a um caso concreto, poderá interpretar determinado dispositivo de uma lei ou a aplicação de outro, devendo optar por um que seja mais favorável a cumprir o mandato constitucional. Assim, pode-se dizer que sempre que um juiz estiver aplicando um dispositivo legal deveria aplicar a lei que melhor estiver em consonância com o texto constitucional.

7) A constituição deve influenciar as relações políticas: Essa última condição depende de outros elementos, entre os quais pode-se mencionar: o conteúdo da constituição, a postura dos juízes (do tribunal constitucional) e a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos. Contudo, nenhum desses elementos deveria estar sujeito a qualquer tipo de revisão judicial, assim, deveria estar sujeitos somente aos mandatos constitucionais e a própria lógica dos direitos fundamentais.

No seu artigo **“Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”** o jurista brasileiro Luiz Roberto Barroso¹⁶, identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado de Direito Constitucional, que podem ser analisados:

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, marco/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, INSS 1981-1888. Disponível na internet < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf> > . Acesso em 31 de dezembro de 2010.

(a) pelo marco histórico, que contextualiza a formação do Estado constitucional de direito e sua consolidação no final do século XX;

(b) pelo marco filosófico, que identifica o neoconstitucionalismo como o pós-positivismo jurídico, centralizando os direitos fundamentais e a reaproximação do Direito e a ética;

(c) pelo marco teórico, que incluem ao conjunto de mudanças a força normativa da constituição, bem como a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova técnica de interpretação constitucional (interpretação extensiva).

Nessa linha, a proposta teórica do neoconstitucionalismo é concebida a partir da descrição do conjunto de transformações ocorridas e que estão ocorrendo, com a constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, que é denominado por Susana Pozzolo¹⁷ como “modelo axiológico da constituição como norma”.

A constituição é marcada pela presença e pela **garantia constitucional de normas de direitos fundamentais**, que condensam os valores da comunidade em normas positivadas, caracterizadas pelo conteúdo normativo material e axiológico e que pretendem influenciar todo o ordenamento jurídico e a atividade pública e privada.

2. RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO: O Direito constitucional como sistema de Garantias

Para compreender melhor o alcance do constitucionalismo contemporâneo e do garantismo jurídico moderno, é imperioso parafrasear o conceito de Luigi Ferrajoli¹⁸ no texto “**Democracia constitucional y derechos fundamentales**”.

¹⁷ POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: *Doxa* nº 21-II, 1998, p. 342. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003, p. 83.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías*. IN: FERRAJOLI, L.; MORESO, J. J.; ATIENZA, M. **La teoría Del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Jurídico Europeo, 2008, p. 91.

La rigidez de la constitución y sus garantías” sobre a rigidez das constituições, para quem a rigidez de uma constituição representa propriamente, uma garantia, uma característica estrutural da própria constituição, vinculada diretamente com a sua posição hierárquica normativa. Caracteriza-se com posição superior das normas constitucionais frente a todas as outras normas do ordenamento, assim, as normas inferiores devem respeito às normas constitucionais.

Michelangelo Bovero¹⁹ aquiesce com Ferrajoli ao citá-lo:

La verdadera 'invención' del siglo XX fue la 'rigidez de las constituciones [...] y, por ello, la sujeción al derecho de todos los poderes, incluido el legislativo, tanto en el ámbito del derecho interno, con en el de derecho internacional. Su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz e a los principios de justicia positiva, en primer lugar, a los derechos fundamentales, que se establecieron tanto en las constituciones estatales como en el embrión de constitución mundial de los Derechos Humanos.

A tese defendida por Ferrajoli²⁰ se refere ao novo paradigma garantista, que consiste essencialmente na idéia de constituição como “**direito sobre o direito**” e que não se limita somente a programar o Estado – normas procedimentais - , mais também, apresenta conteúdos substanciais – normas materiais – através da estipulação de direitos fundamentais, considerados esses como direitos inatos, naturais e que uma vez estabelecidos pelo contrato social em forma escrita passam a ser características da constituição.

Para Ferrajoli²¹, as garantias são técnicas previstas por um determinado ordenamento, para reduzir a distancia estrutural entre a normatividade e a efetividade. Deste modo, possibilitar uma maior eficiência dos direitos fundamentais em coerência com as suas estipulações constitucionais.

¹⁹ BOVERO, Michelangelo. *Derechos Fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y un discrepancia concreta*. In: BOVERO, Michelangelo. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (org). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 216.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. *La Ley del más débil*. Tradução de P. Andrés Ibanez y A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 25.

Assim, as garantias podem ser caracterizadas como obrigações ou proibições, que correspondem a expectativas positivas ou negativas. As primeiras designam as obrigações e as segundas correspondem às proibições²².

As garantias constitucionais são decorrentes da imposição colocada ao legislador por conta da rigidez das constituições.

As garantias constitucionais negativas consistem em proibições ao legislador ordinário, de derrogar as normas constitucionais ou elaborar normas ordinárias contrárias ao texto constitucional, e podem se apresentar de duas formas:

- a) normas que estabelecem os procedimentos de reforma constitucional;
- b) normas que estabelecem o controle jurisdicional da constitucionalidade dos preceitos normativos, por comissão ou omissão ou por razões de forma ou substância, que sejam contrários às normas constitucionais²³.

Quanto às garantias constitucionais positivas, Ferrajoli²⁴ enfatiza que são indispensáveis para a efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos por uma constituição. Ensina o jurista italiano, que as garantias positivas se consistem na obrigação do legislador de desenvolver uma legislação aplicável, isto é, introduzir garantias primárias e secundárias correlatas com os direitos fundamentais estipulados.

Assim sendo, a estipulação de direitos fundamentais requer uma legislação que desenvolva e estipule garantias fortes, sob pena, de que tais direitos permaneçam somente no papel.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y derechos fundamentales**. p. 97.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y derechos fundamentales**. p. 98. Ainda, importante transcrever a respeito das garantias constitucionais negativas os seguintes ensinamentos de Ferrajoli: *“Esta dos clases de normas no se identifican en absoluto con la rigidez, que como he dicho es un rango estructural de la constitución [...] son más bien sus garantías negativas [...] primaria de la rigidez. Esta garantía consiste en la prohibición incondicionada, o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado, de producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, e cambio, la garantía negativa secundaria de la rigidez, y consisten en la anulación e en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria”*.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y derechos fundamentales**. p. 112.

Em outro texto intitulado "***Derechos y garantías***" Ferrajoli²⁵ enfatiza, que as garantias são técnicas previstas pelo ordenamento, para reduzir a distancia estrutural entre a normatividade e a efetividade. Destarte, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com o texto constitucional.

Deste modo, a satisfação e a tutela dos direitos fundamentais, estão diretamente relacionadas com a previsão de garantias (liberais e sociais). As primeiras ficam dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, e que consistem essencialmente em previsão de técnicas de invalidação e de anulação de atos que as violam. As segundas, chamadas, garantias sociais, orientam e asseguram a tutela dos direitos sociais, consistindo-se em técnicas de troca e coerção e/ou sanção contra a omissão de medidas obrigatórias que as satisfação.

3. ESTIPULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli²⁶ considera que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos²⁷ que correspondem universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados de *status*²⁸ de *personas*, de cidadãos ou *personas* com capacidade de trabalhar.

De acordo com entendimento de Michelangelo Bovero²⁹, esse conceito de direitos fundamentais de Ferrajoli, não está adstrito somente à estipulação constitucional desses direitos. Nesse interim, são direitos universais que "*en el sentido*

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. ***Derechos y garantías***. p. 25

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. ***Derechos y garantías***. p. 37

²⁷ Entende o autor por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (prestações) ou negativa (não sofrer lesões) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica. FERRAJOLI, Luigi. ***Derechos y garantías***. p. 37.

²⁸ Por *Status* pode-se entender como a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua identidade para ser titular de situações jurídicas. FERRAJOLI, Luigi. ***Derechos y garantías***. p.37.

²⁹ BOVERO, Michelangelo. ***Derechos Fundamentales Y Democracia en le teoría de Ferrajoli: Un Acuerdo Global y una discrepancia concreta***. p. 216.

*puramente lógico e no-valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos titulares de los mismos – y por ello inalienables e no disponibles*³⁰.

Para a definição dos direitos fundamentais Ferrajoli³¹ propõe quatro teses, que a seu juízo são essenciais, para uma nova teoria da democracia constitucional, e do novo constitucionalismo, passa-se na seqüência a apresentá-las:

A **primeira tese** está direcionada a diferenciar a estrutura dos direitos fundamentais com os direitos patrimoniais, que se subdividem em quatro diferenças estruturais:

a) Consiste a **primeira diferença**, no erro de atribuir direitos fundamentais da liberdade (os direitos a vida), os direitos civis (incluídos os de adquirir e dispor de bens objeto de propriedade) do mesmo modo que os direitos políticos e os direitos sociais como direitos universais, no que diz respeito à quantificação universal dos sujeitos que são seus titulares. Os direitos de liberdade são reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida, enquanto, que os direitos sociais e políticos pertencem a cada um de maneira diversa, tanto em quantidade como em qualidade;

b) A **segunda diferença** entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, reside no sentido de que os primeiros são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransferíveis e personalíssimos, por conseguinte, direitos invariáveis, enquanto os direitos patrimoniais (propriedade privada e os direitos de créditos) são direitos disponíveis por sua natureza, negociáveis e alienáveis, portanto, direitos que podem ser acumulados;

c) A **terceira diferença**, a sua vez, está relacionada com a estrutura jurídica dos direitos. Os direitos fundamentais são entendidos como normas, enquanto, os direitos patrimoniais são predispostos por normas. Portanto, os direitos fundamentais são identificados como normas ou regras gerais, em contrapartida, os direitos patrimoniais são sempre atuações singulares dispostas por atos singulares e predispostos por normas que prevêm os efeitos desses atos.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 20.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 42.

d) Por derradeiro, a **quarta diferença** entre os direitos fundamentais e os patrimoniais está estabelecida na horizontalidade dos direitos patrimoniais e a na verticalidade dos direitos fundamentais.

Quanto à **segunda tese**, para a definição dos direitos fundamentais, Ferrajoli se propõe a analisar, em que sentido os direitos fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia, em oposição à dimensão política ou formal.

A natureza das necessidades protegidas pelos direitos fundamentais é universal, indisponível, igual, considerada como atribuição *ex lege* da constituição.

Nessa linha, nenhum dos direitos fundamentais poderia ser disposto pelo contrato social, nem mesmo a maioria poderia dispor dos direitos fundamentais de liberdade, que em regra impõem proibições como os direitos sociais, e que impõem obrigações ao legislador, o que por certo, vai de encontro ao conceito de democracia como sistema político fundado numa série de regras que asseguram a onipotência da maioria³².

Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayorías son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecidible: de lo no decidible que, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales³³.

Deste modo, os direitos fundamentais constitucionalizados operam mais como fontes de invalidação e de deslegitimação do que legitimação.

Na linha do que se estava dizendo, os direitos fundamentais quando positivados em normas constitucionais não poderão ser modificados em hipótese alguma. As normas constitucionais em princípio são dotadas de rigidez absoluta (constituições rígidas), e como se observou no item anterior à rigidez

³² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 51.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 51.

constitucional, deveria ser um importante elemento de configuração da nova interpretação constitucional³⁴;

3) A **terceira tese**, refere-se a internacionalização dos direitos fundamentais e cidadania. Após o nascimento da ONU, e com a aprovação das cartas e convenções internacionais sobre os direitos humanos, os direitos fundamentais passaram a ter também uma dimensão internacional.

Portanto, não são fundamentais somente dentro da territorialidade dos Estados nações, mas também como direitos supra-estatais e que podem vincular e subordinar os Estados também no plano internacional. Importante registrar que não se está falando de um direito internacional da cidadania, mas sim de direitos pessoais (*derechos de las personas*) em diversas cidadanias³⁵;

4) A **quarta tese** proposta por Ferrajoli, verifica se um direito sem garantias (nacional, internacional ou supranacional) poder ser um verdadeiro direito, ou seja, no garantismo, quando aos direitos fundamentais dizem respeito às relações entre direitos e suas garantias,.

Para entender melhor a temática, Ferrajoli propõe uma necessária distinção entre a natureza positiva e nomodinâmica do direito moderno. No seu entendimento o autor define os direitos fundamentais em expectativas negativas e/ou positivas (obrigações e deveres), que não podem ser confundidas como categorias iguais.

Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más, importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constituiconalización de dos derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas e, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. Bastaría eso para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre derechos e garantías en el plano teórico. Las definiciones teóricas son definiciones estipulativas, cuya aceptación

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 53.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 55.

*depende de su aptitud para satisfacer las finalidades explicativas y operativas que con ellas se persiguen*³⁶.

Nessa senda, os direitos subjetivos (expectativas positivas e/ou de prestação) ou negativos (de não lesão) são atribuídos a um sujeito por uma norma jurídica, bem como, os direitos correspondentes que se constituem nas garantias impostas por uma norma jurídica igualmente (primárias ou secundárias), intrinsecamente ligada à natureza nomodinâmica do direito.

No sistema nomodinâmicos do direito positivo, a existência ou inexistência de uma situação jurídica, de uma obrigação ou uma proibição, depende da existência de uma norma positiva que a preveja, que, a sua vez, não seja deduzida de outra norma, mas sim induzida, pelo ato de sua proteção.

*[...], en tales sistemas, son posibles y en alguna medida inevitables tanto las lagunas como las antinomias. De aquí se deriva que en estas condiciones, expresadas por el principio positivista auctoritas non veritas facit legem, las tesis de la teoría del derecho, cual la definición de derecho subjetivo con expectativa jurídica a la que corresponde una obligación o una prohibición, son tesis de tipo deóntico o normativo, no sobre el ser sino sobre el deber ser del derecho de que se habla, del mismo modo que lo son las definiciones de la prohibición como no permiso de la actuación y de la obligación permiso de ola omisión, y hasta el mismo principio lógico de no contradicción*³⁷.

Nos sistemas monodinâmicos, um direito subjetivo pode não existir, por mais que o mesmo devesse existir. A obrigação ou a proibição será o correspondente da indevida inexistência da norma que a prevê, outrossim, é possível que, uma permissão exista, ainda que não devesse existir, ou seja, a proibição de um comportamento por causa da indevida existência da norma que a estabelece.

Importante pronunciar que Ferrajoli identifica, essas teses como teóricas e que poderiam ser contraditadas pela realidade efetiva do direito. Por conseguinte,

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 59.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 60.

poderia haver antinomias, isto é, contradições entre as normas, tornando-se a contradição um princípio normativo³⁸.

Por outro lado, destaca Ferrajoli, que nesse sistema é muito possível, que exista uma obrigação ou uma proibição que seja correlata com um direito subjetivo, todavia, que não exista a obrigação de aplicar-se a sanção na violação de um ou de outro direito.

Na linha do que se estava dizendo, pode haver lacunas primárias, por defeito de estipulação das obrigações ou proibições que constituem as garantias primárias do direito subjetivo, e lacunas secundárias, por defeito de instituição os órgãos obrigados a sancionar ou a invalidar as violações decorrentes do não cumprimento dos direitos subjetivos, ou seja, obrigados a aplicar as garantias secundárias.

En suma, es la estructura nomodinâmica del derecho moderno la que impone distinguir entre los derechos e sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes la que obliga a reconocer que los derechos existen si y solo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y solo si también ellas se encuentran normativamente establecidas³⁹.

Isto significa que, na estrutura nomodinâmica (direito moderno) os direitos só permanecem se tiverem garantias também asseguradas normativamente, tanto para os direitos de liberdade (negativos) como para os direitos sociais (positivos), sendo estes estabelecidos pelo Estado ou pelo ordenamento jurídico internacional.

Deste modo, justifica-se a importância de distinção entre direitos e garantias, por dois pontos de vista, teórico e metateórico.

Pelo primeiro, supõe-se que o nexos entre expectativas e garantias não é de natureza empírica e sim normativa, e que pode ser contraditado pela existência

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 61.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. p. 63.

das expectativas ou pela inexistência de garantias. A ausência de garantias deve ser considerada como uma indevida lacuna que os poderes públicos internos e internacionais devem suprir.

Pelo ponto de vista metateórico, a distinção vai desempenhar um papel que não é meramente descritivo, mas sim, também crítico e normativo da própria ciência jurídica em relação com o seu objeto de estudo. *“Crítico en relación con las lagunas y las antinomias que ésta tiene el deber de poner de relieve, y normativo respecto de la legislación e la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras e reparar las segundas”⁴⁰.*

Assim, estas teses permitem conceber o novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), tal como vem se configurando, desde o final do século XX e início do século XXI, os ordenamentos jurídicos estatais democráticos através das constituições rígidas, e no âmbito internacional com a sujeição dos Estados aos ordenamentos jurídicos de direitos humanos, como uma nova proposta teórica que poderia explicar os novos fenômenos constitucionalizantes dos direitos fundamentais.

Por derradeiro, enfatiza-se que o neoconstitucionalismo como resultado da constitucionalização dos direitos fundamentais, portanto, com limites e vínculos substanciais da legislação positiva, corresponde a uma grande revolução na própria natureza do direito que se traduz na alteração do paradigma clássico do direito. Ou seja, *“[...] con El sometimiento también de La ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones”⁴¹.*

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías.** p. 63.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías.** p. 64.

4. GARANTIAS NEOCONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO

A possível mudança no paradigma clássico do direito tem alterado também a natureza da jurisdição, na medida, em que os tribunais constitucionais vêm-se agora chamados a decidir sobre pautas fundamentais.

A nova sujeição da jurisdição esta resignificando o sujeição do juiz a lei, levando-o agora analisar de forma crítica o significado de controlar a legitimidade constitucional.

Segundo Josep Aguiló Regla⁴² em seu texto ***"Del "imperio da la ley" al "Estado constitucional". Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras"*** entram em jogo novas técnicas interpretativas que são próprias dos princípios constitucionais, tais como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, em efeito imediato a proteção horizontal dos direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Luis Prieto Sanchis:

*[...] el neoconstitucionalismo como modelo de organización jurídico-política quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, dado que si es un postulado de éste el sometimiento de todo poder al Derecho, el tipo de Constitución que hemos examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador. Bien es cierto que, a cambio, el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, [...]*⁴³.

Pois bem: o neoconstitucionalismo como um modelo de organização política e jurídica, pretende explicar a maior presença (provocada pela sociedade) dos

⁴² AGUILÓ REGLA, Josep. *Del "imperio da la ley" al "Estado constitucional". Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴³ PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. p.157

juízes na judicialização dos direitos fundamentais – nas palavras de Luiz Roberto Barroso⁴⁴, a virtuosa ascensão institucional do poder judiciário,

Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

A judicialização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pode resignificar o próprio campo do direito e da política, quando os problemas políticos de uma sociedade passam a ser resolvidos por critérios de interpretação jurídicos. Segundo Marcos Faro de Castro⁴⁵,

A judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas. Esse fenômeno, segundo a literatura que tem se dedicado ao tema, apresenta dois componentes: (1) um novo "ativismo judicial", isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e (2) o interesse de autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos processos judiciais e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros).

Para Boaventura de Sousa Santos⁴⁶, "[...] a judicialização da política conduz à politização da justiça". Nesta linha, "[...] há judicialização da política sempre que

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, INSS 1981-1888. Disponível na internet <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> . Acesso em 31 de dezembro de 2010.

⁴⁵ CASTRO, Marcos Faro de. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> , acesso em 10/03/2011.

⁴⁶ SANTOS, Boavenura de Sousa. *Judicialização da política*. Publicado em maio de

os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições políticas.”

Em síntese: a judicialização das políticas públicas de direitos fundamentais, não implementadas pelo Estado, significa a intervenção decisória do poder judiciário (ativismo judicial) que seria capaz de afetar a conjuntura política.

Em verdade, a judicialização das políticas públicas de direitos fundamentais representa a intervenção dos juízes quando são chamados a decidir em matérias que seriam competências dos poderes Executivos e Legislativos.

Nas palavras de Manoel Messias Peixinho, “A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do poder judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos”.

Luiz Roberto Barroso⁴⁷ descreve que a constitucionalização dos direitos fundamentais e o crescente aumento das demandas judiciais que os envolvam, tais como: a) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); b) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal; d) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde; se dá pela irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da

2003. <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acessado em 03.11.2011.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, marco/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, INSS 1981-1888. Disponível na internet < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> . Acesso em 31 de dezembro de 2010.

Constituição, e por todo o ordenamentos jurídico, notadamente pela vida da jurisdição constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como objetivo investigar, se o neoconstitucionalismo é uma teoria que procura explicar as mudanças que estão ocorrendo no âmbito do Estado Constitucional de Direito contemporaneamente, sobretudo, no que diz respeito a constitucionalização dos direitos fundamentais.

Como resposta ao problema de pesquisa que norteou o estudo ora em comento, e como a confirmação da hipótese de pesquisa pode-se afirmar que: O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma ideologia teórica, prática e política que procura explicar as constantes mudanças na teoria do Direito Constitucional, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais. O que se pretende velar ao entendimento, de que as constituições não são meras cartas formais de institucionalização do Estado e dos seus objetivos, mas, sobretudo, são portadoras de normas materiais de eficácia imediata. As cortes judiciais são chamadas a decidirem sobre causas (demandas) que na origem são de natureza política, contudo, quando não observadas pelos poderes executivos e legislativos. Assim de forma articulada considera-se finalmente que:

- 1) O neoconstitucionalismo oferece uma proposta teórica que estimula uma nova teoria ao direito constitucional, defendendo uma maior interpretação dos princípios do que as regras, uma maior ponderação dos princípios do que a subsunção, mais análise individual e concreta do que análise abstrata, mais poder judiciário e menor poder executivo e legislativo, mais aplicação dos dispositivos constitucionais do que aplicação de leis ordinárias, e por fim, coexistência de uma constelação de plural de valores;
- 2) Para o alcance da novo constitucionalismo e das mudanças que estão ocorrendo, defende-se a rigidez das constituições, atribuindo ao direito constitucional o conceito de sistema de garantias, assegurado diretamente na posição hierárquica normativa, isto é, as normas constitucionais, sobretudo, que

disponham de direitos fundamentais, devem ser superiores frente a toda as outras norma do ordenamento, a chamada, idéia de constituição como "direito sobre o direito;

3) Para um correta interpretação do novo constitucionalismo enquanto garantia dos direitos fundamentais, fundamentou-se a terceira parte deste estudo no jurista italiano Ferrajoli, que considera os direitos fundamentais como todos aqueles direitos subjetivos que correspondem a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, cidadãos. Os direitos fundamentais não estão adtristos somente a estipulação constitucional desses direitos, ou seja, os direitos fundamentais podem estar dispostos de forma essencial em forma de direitos universais;

4) Por fim, considerações foram apresentadas quanto a possível mudança (em trânsito) no paradigma clássico do direito, que estaria mudando também a própria natureza da jurisdição, na medida, em que os tribunais, sobretudo, constitucionais vem sendo chamados a decidir sobre questões que por natureza seriam questões políticas, portanto, deveriam ser decididas no âmbito de atuação do executivo e do legislativo. Entretanto, quando não resolvidas nessas competências do poder do estado, o judiciário vê-se forçado a decidir, resignificando o próprio campo da produção do direito e da política. Por derradeiro, pode-se afirma que a judicialização da política torna-se um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais, e portanto, a nova interpretação constitucional, o novo constitucionalismo representariam um aperfeiçoamento do Estado de Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUILÓ REGLA, Josep. *Del "imperio da la ley" al "Estado constitucional". Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATIENZA, Manuel. ***El Derecho como argumentación***. Barcelona: Ariel, 2006.

_____. ***La teoria del derecho en el paradigma constitucional***. Madrid: Fundación Jurídico Europeo, 2008.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. Neoconstitucionalismo: garantias constitucionais dos direitos fundamentais e judicialização. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, marco/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, INSS 1981-1888. Disponível na internet < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> . Acesso em 31 de dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito; compiladas por Nello Morra; Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOVERO, Michelangelo. *Derechos Fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta*. In:_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (org). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto, en El mismo (coordinador), Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Marcos Faro de. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**. Disponível em: < http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> , acesso em 10/03/2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías*. IN: FERRAJOLI, L.; MORESO, J. J.; FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La Ley del más débil**. Tradução de P. Andrés Ibanez y A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. **Direito ambiental, emancipação e sociedade de risco: perspectivas emancipatórias da tutela constitucional ambiental e do direito socioambiental**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=86086>.

GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ORTEGA, Manuel Segura. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. Neoconstitucionalismo: garantias constitucionais dos direitos fundamentais e judicialização. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa nº 21-II, 1998, p. 342. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta teórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Judicialização da política**. Publicado em maio de 2003. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>>. Acessado em 02.01.2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. São Paulo: Forense.