

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O GOVERNO DOS JUÍZES

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND THE GOVERNMENT OF JUDGES

Valterlei A. da Costa^A

<http://orcid.org/0000-0002-7361-595X>

^A Doutor e Mestre em Direito do Estado, bem como Bacharel em Direito pela UFPR. Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Realizou intercâmbio doutoral na Universidad Autónoma de Madrid, por meio da CAPES, e período de investigação na Universidad de Sevilla. Ex-Técnico de Finanças e Controle lotado na Procuradoria da Fazenda Nacional. Atualmente é membro-relator da Comissão de Direito Tributário, professor de cursos de pós-graduação lato sensu em direito e sócio do Costa & Costa Advocacia em Curitiba/PR.

Correspondência: valterlei@costaecoataadvocacia.com.br

DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2025.66083>

Artigo submetido em 19/03/2022 e aceito para publicação em 19/03/2025

Resumo: O presente artigo investiga, a partir de metodologia analítico-normativa, em que medida a distinção das normas jurídicas, principalmente no campo constitucional, em regras e princípios, com prevalência dos últimos, pode ser usada como subterfúgio para uma corte de notáveis, cúspide do judiciário, avançar sobre as funções do parlamento, quer invalidando normas postas pelo último, sob a alegação de ofensa a valores imensuráveis, quer ela mesmo expedindo normas, agora com a escusa de que somente estaria derivando algum princípio e não propriamente as criando.

Palavras-Chaves: Direito Constitucional. Democracia. Legislativo. Suprema Corte. Regras e Princípios.

Abstract: This article investigates, based on an analytical-normative methodology, to what extent the distinction of legal norms, especially in the constitutional field, in rules and principles, with the latter prevailing, can be used as a subterfuge for a court of notables, the cusp of the judiciary, to advance on the functions of parliament, either invalidating norms put by the last, under the allegation of offense to immeasurable values, or itself issuing norms,

now with the excuse that it would only be deriving some principle and not properly creating them.

Keywords: Constitutional Law; Democracy; Legislative; Supreme Court; Rules and Principles.

1. INTRODUÇÃO

O imaginário do jurista está povoado de princípios, que ocupam o lugar central do palco, com as regras ficando deslocadas para um segundo plano. E a forma como essa divisão é feita não apresenta dificuldades, pois se algo merece um estudo próprio no campo jurídico, seja um artigo ou mesmo uma monografia, então seria um princípio, com as regras relegadas aos casos singelos, que não requerem maior talento. Tal forma de ver as coisas não passa de ingenuidade, na crença de que um jurista, para merecer tal título, somente se deveria ocupar das grandes questões, dos princípios, deixando as regras para os meros aplicadores do direito, os cabeças de planilha, preocupados com temas menores, como a subsunção. De toda sorte, essa imagem que os juristas têm de si mesmos e o papel que os princípios nela desempenham não apresenta maiores problemas; todavia, não é assim quando estamos a falar dos juízes, principalmente dos que integram uma corte suprema.

Quando uma corte de notáveis, a mais alta corte de uma nação, entende que os princípios seriam o alicerce do ordenamento jurídico, a viga mestra, a fundação, ou qualquer outra palavra que se retire de um glossário da construção civil, há sério risco de que acabe, com tal pano de fundo, assumindo a função do legislativo, pois, com efeito, em nome dos princípios, pode-se invalidar as regras postas ou mesmo criar novas, alegando que nada mais seriam do que meras derivações dos princípios. Uma corte que notáveis, sem votos, mas que julgam por meio de princípios, quase como pretexto, usados para desconsiderar o trabalho do parlamento ou mesmo para atuar como sucedâneo, é potencialmente um risco para a democracia, ao menos para a que conhecemos, a representativa, configurando, deveras, um governo dos juízes¹. Em razão disso é que se faz necessário bem distinguir o que são regras e

¹ Jz 11:27-28: “[...] não fui eu que pequei contra ti, mas tu, sim, agiste mal para comigo ao me fazeres a guerra. Que lahweh, o Juiz, julgue hoje entre os israelitas e os amonitas”.

o que são princípios, perquirindo, ademais, o alcance que estes têm sobre aquelas. Para tanto, como mapa deste artigo, tracemos um roteiro.

Quanto ao direito positivo, entendê-lo-emos como um conjunto de normas jurídicas encadeadas em uma estrutura escalonada, na qual o ápice é ocupado pelas normas constitucionais (sem adentrarmos na norma fundamental). Isso dado, investigaremos quanto é possível agrupar essas normas constitucionais em dois grupos, o das regras e o dos princípios. Na sequência, apreciaremos a relação existente entre as normas criadas no processo de positivação do direito, abaixo na cadeia, e os princípios constitucionais. Então, a atenção voltar-se-á às consequências que uma desconformidade entre a norma superior e a inferior deve provocar, bem como quem seria a legítima autoridade para isso conhecer. Nesse ponto, deve ficar claro que uma forma lata de compreender os princípios permitiria a desconsideração de qualquer norma criada abaixo na cadeia normativa ou até mesmo de outras regras constitucionais. E que, quando uma corte de notáveis em nome dos princípios, passa a invalidar regras criadas ou mesmo a enunciar novas, sob a alegação da mera desvelação do que já estaria implícito na constituição em modo principiológico, é caso, então, de questionar se não haveria, na verdade, um emparedamento do parlamento. Afinal, a quem cabe decidir os rumos da nação?

Em suma, a questão-problema que o presente artigo busca responder é a de em que medida a distinção entre regras e princípios jurídicos, com a prevalência dos princípios, pode ser usada como subterfúgio para que uma corte suprema, formada por notáveis sem voto, avance sobre as funções do parlamento, assumindo, na prática, o papel de legislador em uma democracia representativa.

O autor deste artigo não tem dúvidas, pois, em uma democracia, ao menos no formato como a conhecemos, em questões de fundo, quando se busca direcionar abstratamente a conduta de todos, a última palavra tem de ser do parlamento. E são as nossas razões para isso concluir que passamos a expor, utilizando-nos de metodologia analítico-normativa, consistindo na investigação conceitual das normas jurídicas para distinguir regras e princípios, especialmente no âmbito constitucional, aliando tal frente à revisão crítica de doutrina, bem como de obras clássicas e contemporâneas do pensamento jurídico, e à análise lógico-jurídica do impacto da prevalência dos princípios na separação dos poderes.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não é incomum que a expressão “norma jurídica” seja empregada sem qualquer explicação prévia, provavelmente porque é tomada como conceito primitivo, conhecido pelo auditório dos juristas. Todavia, mesmo uma análise perfunctória já seria suficiente para demonstrar quantos equívocos decorrem dessa omissão, quer no curso de um mesmo trabalho, quando a locução é utilizada ora de um modo ora de outro, sem qualquer informe, quer na comparação entre obras, pois se se têm bases teóricas diferentes, advindas de conceitos de norma jurídica diferentes, não se pode desconsiderar que a comparação entre elas fica prejudicada. Agora, um dos motivos desse descompasso é que nem sempre é possível tomá-la como básica, dispensado explicações, mas, por outro turno, é extremamente difícil conceituá-la. Com efeito, a depender da precisão que se queira, conceituar norma jurídica não pode ser simplesmente o introito de um trabalho, mas sim o próprio trabalho. Com tudo isso em conta, para evitar aquilo que BACON denomina de ídolos do mercado², apresentaremos uma conceituação de norma jurídica; contudo, furtando-nos a que este trabalho se torne um sobre a norma jurídica *per se*, estipularemos apenas um conceito necessário, mesmo que não suficiente. Logo, tomemos norma jurídica como prescrição de conduta³.

Uma prescrição de conduta é a interpretação de um significante, ou seja, é um significado, estabelecendo-se, com isso, a norma jurídica como uma associação entre o texto, termo que pode ser tomado em sentido amplo⁴, e a conduta devida⁵. Desse modo, os significantes que formam um texto, quando interpretados, significam qual conduta deve ser,

² “[...] as grandes e solenes controvérsias entre homens eruditos, muitas vezes, acabam em debates sobre palavras e nomes. Assim, seria mais sábio [...] iniciarmos por eles e restaurarmos a ordem por meio de definições”. (2014, p. 61)

³ Diz-se necessário, pois toda norma jurídica é prescrição de conduta, mas não só as jurídicas são prescrição de condutas, como também as de ordem moral, de etiqueta *etc.* Ademais, defende-se que as normas jurídicas são prescrições de condutas, mas condicionadas. Por fim, em sua formulação completada, ainda se apontar que são, na verdade, uma composição de duas prescrições, a que dirige a conduta e a que dirige a consequência caso a conduta devida não seja realizada. Tudo isso no plano estático, pois, no plano dinâmico, norma jurídica somente pode ser o produto da aplicação de outra norma jurídica. Para mais detalhes, veja-se: COSTA, 2019, capítulo 2.

⁴ “Texto é [...] texto escrito [...]. [...] também é texto o texto não escrito, mas manifestado oralmente. [...]. Mas não se pode negar que a obra artística é texto [...]. Podemos ir além, e pensar que o mundo *natural* que nos rodeia, a natureza, se transforma também em *texto*, na medida em que compreendemos sua *ação*”. (ROBLES, 2005, p. 23-24).

⁵ “Chamamos *signo* a combinação do conceito e da imagem acústica [...]. Propomos a conservar o termo *signo* para designar o total, e a substituir conceito e imagem acústica respectivamente por significado e significante [...]”. (SAUSSURE, 2003, p. 81).

sem isso implicar que a conduta simplesmente será, pois há, com efeito, uma distinção entre o mundo do ser e o do dever-ser⁶. Em termos meramente físicos, em razão da causalidade, as condutas simplesmente são ou não. Todavia, a ideia de livre-arbítrio, excluindo-se o que é necessário e o que é impossível, configura a conduta humana como contingência, sendo nesse intervalo que, ao invés de atuar a causalidade, tem vez a imputação⁷. Dito isso, podemos arrolar os significados de um texto em dois grupos: aqueles que prescrevem condutas e, ainda, os dêiticos⁸. Pelo lado da conduta, não nos devemos deixar impressionar pelo emprego de formas aléticas ao invés de deônticas, pois se a norma jurídica é prescrição de conduta, então, por um lado, nem é um conjunto de ensinamentos, vez que não se trata de descrições; por outro lado, nem é um agrupamento de boas intenções ou aspirações. Para o primeiro caso, se tomarmos a conceituação normativa, quando parece que há uma descrição, deveras, está-se criando uma vinculação de sentido, pois, doravante, um termo *deve ser* associado a um conceito, o que significa o regramento da conduta de quem interpreta⁹; para o segundo, se estádios futuros são desejados, isso não significa qualquer exercício mental ou esperança, mas condutas que *devem ser* para que isso ocorra. Já pelo lado dos dêiticos, podemos encontrar quem produziu o texto, bem como quando e onde; ademais, pode haver, ainda, o nome pelo qual o conjunto do texto deve ser conhecido, o que, no caso dos documentos legais, geralmente, faz-se com números, mas, para casos particulares, empregam-se designações solenes, como “constituição”.

Uma constituição é, assim, um texto que se autoneia “constituição” e, a partir disso, fica fácil identificar as normas constitucionais como sendo aquelas obtidas de sua interpretação, prescrevendo condutas. Todavia, não podemos imaginar que qualquer texto contendo como dêitico uma autoqualificação nesse sentido estaria apto para ser interpretado

⁶ “Os juízos jurídicos, que traduzem a idéia de que nos devemos conduzir de certa maneira, não podem ser reduzidos a afirmações sobre fatos presentes ou futuros da ordem do ser, pois não se referem de forma alguma a tais fatos, nem tampouco ao fato (da ordem do ser) de que determinadas pessoas querem que nos conduzamos de certa maneira. Eles referem-se antes ao sentido específico que tem o fato (da ordem do ser) de um tal ato de vontade, e o dever-ser, a norma, é precisamente esse sentido, o qual é algo diferente do ser deste ato de vontade”. (KELSEN, 1998, p. 116).

⁷ “Assim como a lei natural associa determinado fato, como causa, a um outro, como efeito, assim também a lei jurídica associa condição jurídica a (sic) consequência jurídica [...]. Num caso, a forma de entrelaçamento dos fatos é a causalidade, no outro caos é a imputação [...]”. (KELSEN, 2013, p. 86).

⁸ “*Dêitico* é todo elemento lingüístico que, num enunciado, faz referência: (1) à situação em que esse enunciado é produzido; (2) ao momento do enunciado (tempo e aspecto verbal); (3) ao falante (modalização)”. (DUBOIS, 2001, p. 167).

⁹ Sobre conceitos no direito e conceitos do direito, veja-se: COSTA e VALLE, 2018.

como norma constitucional. Aqui, separemos a discussão em duas. Na prática, são poucos os casos em que se teria dúvidas sobre qual é, a sério, o texto constitucional, ficando os casos nebulosos para as hipóteses, *v.g.*, de revolução ou de independência de um estado. Nessas situações, não se saberia se a constituição é aquela posta pela ordem vigente ou pelos sublevados ou, ainda, não se conheceria se é a da metrópole ou a do novo estado que tenta firmar-se. Então, a resposta parece ser só uma: constituição seria aquela que é eficaz, podendo, sem embargo, em algum período, nenhuma delas ser eficaz ou mesmo, em alguma medida, ambas serem eficazes, o que resulta no mesmo. Tal solução, contudo, apresenta muitas dificuldades no campo teórico, pois, nessa linha, o dever-ser, cerne da norma constitucional, teria sua origem em um ser, na eficácia, o que estaria em desacordo com a “lei de HUME”¹⁰. Agora, para sair desse impasse é que se pressupõe, em termos kelseniano, a norma fundamental — não sendo necessário neste trabalho fixá-la como hipótese ou ficção¹¹ —, quando se é conferido “[...] poder criador de Direito ao primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato”. (KELSEN, 2005, p. 170)¹². A norma fundamental é, desse modo, uma tentativa de explicar a ordem jurídica em termos normativos, e não tão somente como relação de poder¹³, mas não desconsidera que, em algum ponto, deve haver uma interseção entre a norma e sua eficácia¹⁴. Dito isso, não desconhecemos quão polêmica é a ideia de uma norma fundamental, mas também não olvidamos as palavras de LEIBNIZ (1988,

¹⁰ “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não seja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. (HUME, 2009, p. 509).

¹¹ “Para tal função [de fechar o sistema], é irrelevante se [a norma fundamental] provém de ato de pensamento, de ato de vontade, ou se é ‘eine fingierte Norm’ [uma norma fictícia] [...]”. (VILANOVA, 2000, p. 56, respectivamente, esclarecemos e traduzimos entre colchetes).

¹² Ou seja, “[e]sta norma fundamental autoriza a pessoa, ou pessoas que historicamente estabeleceram a primeira constituição para a estatuição de normas que representam, historicamente, a primeira Constituição”. (KELSEN, 1986, p. 327).

¹³ Adotando a posição de que, no fundo, uma compreensão adequada da Constituição não seria outra coisa do que uma análise do poder efetivo, podemos citar LASSALE (2016, p. 57): “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social [...]”.

¹⁴ “[...] o direito internacional positivo admite que um poder que, no seu conjunto, consegue fazer-se obedecer pela população de determinado território, deve ser considerado como uma autoridade legítima, em relação a esse território e a esses indivíduos [...]”. (KELSEN, 1945, p. 50).

p. 163), pela boca de TEÓFILO, de que “[...] mesmo os princípios cuja certeza não é completa podem ter a sua utilidade, se sobre eles construirmos apenas para efeito de demonstração”.

Resumindo o caso pelas lentes da semiótica, a norma fundamental funda o legislador constituinte para enunciar texto, autodenominado de “constituição”, do qual se obterá as normas constitucionais, tendo-se, aqui, uma questão de validade sintática. Mas também não se pode perder de vista que sem eficácia não há de se falar em constituição¹⁵, tendo-se, agora, uma questão de validade pragmática. Resta perquirir, por fim, se haveria uma validade semântica para que possa, em rigor, referir-se a uma “constituição”, quando a investigação é sobre o conteúdo, ou seja, que tipo de prescrição deve haver, minimamente, em uma constituição.

Em princípio, nenhuma constituição merece tal nome se não dispuser a forma como outras normas jurídicas doravante serão criadas, alteradas ou excluídas. Nesse ponto, do texto constitucional, interpretam-se normas de competência¹⁶, o que nos permite aludir a uma constituição em sentido material, a qual “[...] consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”. (KELSEN, 2005, p. 182). Temos, então, uma constituição formal, ou seja, aquela que não busca validade em nenhuma outra norma, a não ser na norma fundamental, mas temos, igualmente, uma disposição material elementar, que são as normas que prescrevem a dinâmica jurídica, cuja conduta é, para seguirmos a terminologia de VON WRIGHT, a “ação normativa”¹⁷. Assim, toda constituição material é também constituição formal, mas nem toda constituição formal é constituição material. Todavia, ao que parece, estabelecer apenas as normas de competência como matéria mínima para a validade semântica da linguagem constitucional não seria suficiente, sendo o caso, ainda, de se falar em uma carta de direitos¹⁸.

¹⁵ “[...] a força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos atinentes à *práxis* e ao *conteúdo* da Constituição”. (HESSE, 1991, p. 28).

¹⁶ “As normas jurídicas podem ser divididas, de acordo com seu conteúdo imediato, em dois grupos: normas de conduta e normas de competência. Ao primeiro grupo pertencem as normas que prescrevem uma certa linha de ação [...]. O segundo grupo contém as normas que criam uma competência (poder, autoridade) — são diretivas que dispõem que as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta”. (ROSS, 2003, p. 57).

¹⁷ “Para el modo peculiar de la acción, que tiene como resultado la existencia de prescripciones, acuñamos el nombre *acción normativa*”. (1970, p. 91-92).

¹⁸ Nas palavras de DAHL (2015, p. 26), o conteúdo mínimo de uma carta de direitos seria: “[...] todos os cidadãos plenos devem ter oportunidades plenas: 1. De formular suas preferências. 2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva. 3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo [...]. Essas me parecem as três condições necessárias à democracia, ainda

De modo sumular, em razão da norma fundamental, o constituinte pode enunciar texto, e nominá-lo de “constituição”, o qual, uma vez interpretado, dar-nos-á prescrições que podemos designar, por sua vez, de normas constitucionais. Agora, de posse das normas constitucionais, já podemos agrupá-las, preliminarmente, em normas de competência e cartas de direito. Com isso, temos nosso ponto de partida para investigar em que termos seria possível classificar as normas constitucionais em princípios e regras.

3. COMPETÊNCIA E CARTA DE DIREITOS

A divisão entre normas constitucionais de competência e normas constitucionais que concedem direitos, por mais que tenha seus encantos, ao menos em um sentido geral, não perdura face a uma teoria unificadora da norma jurídica, pois prescrever competência nada mais é do que estabelecer um procedimento e um conteúdo, o qual pode ser dado negativa ou positivamente¹⁹. Por essa linha, o que comumente se denomina de princípio da legalidade, nada mais seria do que um procedimento para uma criação, exclusão ou alteração jurídica bem-sucedidas²⁰; por sua vez, o princípio da igualdade nada mais seria do que uma vedação quanto ao conteúdo da norma a ser estabelecida, a qual não pode fixar, diante das mesmas hipóteses, a conduta de uns e não a de outros²¹. Logo, tanto a legalidade como a igualdade não passam de fragmentos de norma de competência, significando que a carta de direitos, ao menos em sua maior parte, não regula a conduta dos cidadãos diretamente, mas sim a do legislador, que passa a ter uma margem de atuação mais restringida à medida que sejam amplos aquilo que se conhece por direitos e os requisitos para promover mudanças na ordem jurídica sejam complexos. Por esse ângulo, a competência normativa advinda de norma constitucional seria sempre limitada por forma, quando o procedimento para a enunciação pode ser mais ou mesmo minucioso, e conteúdo, quando se pode enunciar normas, desde

que, provavelmente, não sejam suficientes”. De toda sorte, é tema extremamente polêmico, o qual não pretendemos tratar aqui, mas que não raro descarrilha para o jusnaturalismo.

¹⁹ Sobre a formação completa da norma constitucional de competência, veja-se: COSTA, 2021.

²⁰ “Quien rechaza el procedimiento se halla expuesto, claro está, a sanciones; los otros pueden negarse a jugar con él, o pueden decir que no es un hombre de honor”. (AUSTIN, 2019, p. 75).

²¹ “Se analisarmos as coisas mais de perto, verificaremos que a regra segundo a qual os que são desiguais devem ser tratados de forma desigual não é sequer uma exigência da justiça mas uma exigência da lógica”. (KELSEN, 2003b, p. 56).

que não tenham certo conteúdo ou, ainda, pode-se enunciar normas, desde que tratem de matéria específica.

Um ponto central na norma de competência constitucional são os sujeitos fixados como permitidos a criar, alterar ou excluir normas jurídicas em um processo constante de transformação da ordem normativa. E, desses sujeitos, foquemo-nos no legislativo, o qual, em linhas gerais, pode ser definido como uma assembleia eleitas pelos cidadãos para estabelecer normas jurídicas primárias, normas aquelas que inovam o rol de obrigações e direitos de forma geral e abstrata, obtidas pela interpretação de texto que, geralmente, autodenomina-se “lei”. Todavia, além de um procedimento para legislar, que tem como ponto alto a aprovação por maioria do projeto que se pretende lei, há também vínculos conteudísticos, que se verificam, tipicamente, de duas formas: em uma ponta, somente em um sentido pode ser a normatização; em outra, a normatização pode ser em todos os âmbitos, excetos naqueles vedados²². Mas se é assim, se há forma e conteúdo prescritos pela constituição a certo sujeito, então deve haver quem analise se tais tópicos foram respeitados, naquilo que se denomina de controle de constitucionalidade, a ser exercido por um “guardião”, ou seja, por outro sujeito que não o legislativo no caso, o qual, comumente, é uma corte constitucional, com função de cúspide do judiciário²³. Assim, em um primeiro momento, a norma de competência constitucional regula a ação normativa do legislativo, fixando forma e conteúdo, mas, em um segundo, determina à corte constitucional que controle a atividade legiferante, o que pode ser feito de vários modos, sendo a invalidade da norma posta uma das figuras centrais desse controle, mas não a única²⁴.

A norma constitucional de competência tem seu ponto alto na prescrição da ação normativa do legislativo, encampando forma e conteúdo. Quanto à forma, não há maiores dificuldades teóricas, pois é comum precisar-se o procedimento para legislar, como a necessidade de ser a votação das propostas por maioria simples, absoluta ou mesmo

²² “A Constituição não é [...] unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo [...]”. (KELSEN, 2003a, p. 132).

²³ A garantia da constituição não precisa ser feita, necessariamente, por uma corte suprema. Sobre o tema, veja-se: COSTA, 2020.

²⁴ Pode haver, inclusive, consequências para quem enuncia uma norma em desconformidade com a norma de competência: “Se o governo edita decretos [...] sob outras condições que não as determinadas pela Constituição, podem ser por isso responsabilizados e punidos os membros do governo que editaram o decreto. Este processo não tem de estar ligado com um processo destinado a anular à lei, se bem que o possa estar”. (KELSEN, 1998, p. 304).

qualificada, esta em patamar ainda mais alto do que a absoluta, bem como o número de sessões de votação e, sendo duas, o intervalo entre elas, regulando-se, ademais, a participação de terceiros que não o próprio legislativo, como a sanção pelo executivo, além da forma de publicidade para poder vincular a todos, não sendo mais a partir daí, a não ser em casos muito particulares, uma dificuldade identificar o texto normativo²⁵. Assim, dentro do que isso seja possível, são dispositivos precisos que determinam condutas certas, o que não significa que, caso ou outro, não haja dúvidas sobre como aplicá-los. Entretanto, coisa diversa passa-se com a carta de direitos, a qual, se às vezes contém conduta bem específica — como no caso de proibir a pena de morte, o que significa que, ao estabelecer quais são os crimes, é proibido ao legislador imputar aos criminosos a morte²⁶ — nem sempre prima pela precisão da conduta devida, como nos casos em que parece discorrer sobre um mundo melhor. (Todos têm direito à busca da felicidade).

Como síntese deste tópico, podemos concluir que uma separação das normas constitucionais em regras e princípios não pode ser feita com base na distinção entre competência e carta de direitos, pois, ao fim e ao cabo, a constituição, em seu campo mínimo semântico, é formada de normas que regulam a ação normativa, principalmente o agir do legislativo, a partir de disposições formadas de procedimento e conteúdo, o que faz incongruente qualquer classificação que empregue tais discrímens de modo excludente. Apesar disso, o rigor com que é regulada a conduta do legislador é campo que pode ser explorado para distinguir as normas constitucionais em regras ou princípios. Vejamos como isso é possível.

4. REGRA E PRINCÍPIO

“Pratique o bem e evite o mal” é prescrição conhecida por todos, sendo difícil imaginar quem a ela se oporia²⁷. Ademais, a princípio, é mandamento que não semeia dúvida, pois as condutas que estejam de acordo com o bem são obrigatórias e as que redundem no

²⁵ “[...] dado o processo moderno de publicar as leis em coletâneas oficiais, também só muito excepcionalmente surgirão dificuldades na determinação do texto”. (ENGISCH, 2014, p. 128).

²⁶ “Quem poderia ter dado a homens o *direito* de degolar seus semelhantes? Esse direito não tem certamente a mesma origem que as leis que protegem”. (BECCARIA, 2000, p. 49).

²⁷ “Este é [...] o primeiro princípio da lei [natural], que o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado”. (AQUINO, 2010, p. 562).

mal são proibidas. Entretanto, há sérios desacordos entre os homens quanto ao que seja o bem e o mal e, mesmo quando essa primeira etapa é superada, ainda quedam dificuldades para dizer se certa conduta se enquadra, na mesma linha, como bem ou como mal²⁸. Em razão disso, a eficácia de uma norma assim, posta nesses termos, fica comprometida, o que pode ser minorado, com efeito, de duas formas, que não se excluem: a primeira, por conotação, quando se conceitua o bem e o mal; a segunda, por denotação, quando se aponta as condutas que se subsomem ao bem e ao mal²⁹. Conseqüentemente, em razão do maior campo semântico da primeira forma, poder-se-ia dispor que teríamos um princípio e, na sequência, como medida concretizadora do princípio, por conotação ou denotação, uma regra. Todavia, apesar de haver alguma correção nessa ideia, ela ainda carece de melhoramentos.

A vagueza³⁰ da primeira norma, por mais que a deixe com densidade normativa comprometida, não é causa de invalidade *per se*, ao menos não quando tomada no sentido de que obriga a se fazer o bem e proíbe a se fazer o mal, pois estaria tal norma regulando diretamente uma conduta, mesmo que com âmbito não muito delineado. Nesse ponto é que pode ser um critério para a distinção entre regras e princípios a relação entre a descrição normativa e o referente no mundo, quando se é mais vago ou menos vago³¹. Mas há nisso vários problemas e de largada já se pode objetar trata-se de classificação amparada exclusivamente em questão de grau³², ou seja, não há só uma dificuldade para se determinar na prática o que seria uma regra e o que seria um princípio, mas sim uma tese que assume, em sua fundamentação, não poder bem distinguir entre eles a não ser quando se aproxima dos extremos. Com isso, evidencia-se um segundo problema que é o da zona cinzenta dessa

²⁸ “Os dois valores *contrapostos*, ‘bom e ruim’, ‘bom e mau’, travaram na terra uma luta terrível, milenar; e embora o segundo valor há muito predomine, ainda agora não faltam lugares em que a luta não foi decidida”. (NIETZSCHE, 1998, p. 43).

²⁹ “A denotação contrapõe-se usualmente à conotação. Enquanto a primeira indica a referência do termo às entidades correspondentes, a segunda indica as características constitutivas do próprio termo”. (MORA, 2001, p. 151).

³⁰ “Chama-se vago um traço que se atribui a certas palavras cujo sentido varia de acordo com as situações em que é usado [...]”. (DUBOIS, 2001, p. 609).

³¹ “O princípio determina a faixa legítima de considerações justificatórias. Ele não produz, nem pode ser apresentado como se produzisse, uma resposta conclusiva”. (MACCORMICK, 2006, p. 231).

³² “O conceito de *generalidade* de uma norma tem que ser estritamente distinguido do conceito de *universalidade*. [...] O oposto de norma universal é a norma individual. [...] O conceito oposto ao de generalidade é o conceito de especialidade. [...] Toda norma é sempre ou universal ou individual. Já a generalidade ou seu oposto, a especialidade, é um problema de grau”. (ALEXY, 2011, p. 87-88).

teoria, a qual seria extremamente larga, formando um amplo conjunto difuso³³, pois são muito poucas, se é que existem, tanto as palavras que são particularmente precisas, a ponto de representarem todos os contornos de um objeto, com as que são latas ao extremo, a ponto de carecerem de conteúdo semântico. Desse modo, é forma de distinguir que não deve ser empregada, pois são muitos os casos em que, mesmo em suposição, não se saberia se é regra ou se é princípio³⁴.

Uma forma mais adequada de ver a questão não é quanto ao grau de difusão dos referentes, quando associados às palavras, mas sim entre fins e meios. Voltando ao nosso exemplo, não seriam as condutas que receberiam diretamente o sinal de que representam o bem ou o mal, pois eles seriam, deveras, fins almejados ou a serem evitados, respectivamente, quando a conduta estaria apenas mediamente regulada, já que não seria dada antecipadamente. Desse modo, as regras prescrevem condutas, estabelecendo a ação; os princípios, por sua vez, preocupam-se com os resultados, não sendo especificada a ação devida³⁵. Agora, tanto os princípios como as regras podem ser vagos, pois uma regra pode especificar uma particular conduta como também pode apontar tal conduta sem os devidos contornos; por sua vez, os princípios podem estabelecer fins mensuráveis, quando se é possível afirmar ou negar sua realização, ao menos em alguma medida, ou pode ser apresentado como um estado de coisas mais ou menos indeterminável.

Quando na constituição, os princípios podem regular de forma mediata a conduta dos cidadãos ou a conduta do legislador, já que estabelecem fins. No caso dos cidadãos, sempre haverá o risco de serem julgados como descumpridores dos princípios, haja vista a conduta inespecífica estabelecida, bem como as dificuldades para aferir os resultados dela decorrentes na busca do mundo melhor. Assim, aos poucos, de julgamento em julgamento, os princípios vão ganhando contorno de regras, quando a conduta que poderia ser toda e qualquer, desde que desse resultados, vai sendo estabelecida concretamente, com o fim

³³ “Uma coleção cujo quadro de membros é impreciso, mas onde a condição de membro é precisamente graduada num conjunto difuso”. (BUNGE, 2012, p. 75).

³⁴ É totalmente correto, ao menos de nossa perspectiva, o entendimento de que “[...] a indeterminação não é um caráter suficiente para distinguir os princípios das outras normas”. (GUASTINI, 2010, p. 43). Assim, “[...] desde un punto de vista lingüístico no hay líneas divisorias estrictas y radicales entre reglas y principios”. (AARNIO, Aulis. 1997, p. 26).

³⁵ “Regras prescrevem relativamente atos; princípios prescrevem ações altamente inespecíficas”. (RAZ, 1972, p. 838). Tradução nossa de: “Rules prescribe relatively acts; principles prescribe highly unspecific actions”.

passando a segundo plano, como mera presunção consequencial da conduta³⁶. Mas nada exige que se construa a ordem jurídica a conta-gotas, por meio de decisões judiciais, pois é mais do que legítimo deixar a concretude a granel do direito positivo ao legislador, o qual, para afastar dúvidas sobre quais seriam as condutas aptas para atingir-se os fins colimados, estabelece regras, quando temos, então, normas jurídicas em planos diferentes, com os princípios sendo o fundamento de validade das regras³⁷.

Sem embargo, não se deve ter a ilusão de que as regras nada mais seriam do que descrições analíticas dos princípios, uma vez que não estão meramente a revelar uma ligação de causa e efeito existente entre uma conduta e um fim visado, mas sim imputando que o fim é alcançado pela conduta especificada. Agora, se a conduta prescrita não guia, de fato, para o objetivo estabelecido no princípio ou mesmo conduz a um resultado contrário, não é ponto que está em discussão em um primeiro momento, pois a norma de competência elege quem deve associar deonticamente comportamento e fim³⁸. Assim, geralmente, a imputação deve ser obra do parlamento, ou seja, do legislativo, e não do físico, sociólogo, economista, filósofo ou mesmo, para a surpresa de muitos, do jurista.

Que nem sempre se vá concordar com a regra, pois pode ela, na opinião de quem discorda, não ser o melhor modo para realizar o fim traçado pelos princípios, é ponto inegável, e não é necessário bradar aos céus contra as injustiças³⁹, pois as ordens jurídicas estabelecem formas mais sóbrias de manifestar uma discordância, como o apelo a uma corte suprema, quando não se dirige, então, ao ser celestial, mas sim à sua excelência. Desse modo, há a norma constitucional que permite ao legislador estabelecer normas de conduta do cidadão, com os princípios sendo parte do conteúdo dessa norma de competência, mas caso a norma posta não esteja de acordo com procedimento ou conteúdo predefinidos, então há norma de

³⁶ “[...] dizer ou aplicar um princípio significa precisamente concretizá-lo. Concretizar um princípio, por sua vez, significa usá-lo como premissa num raciocínio cuja conclusão é a formulação de uma regra: uma nova regra até aquele momento não expressa”. (GUASTINI, 2010, p. 43).

³⁷ “[...] princípios podem ser usados para justificar regras, mas não vice-versa. Esta é, talvez, a mais importante diferença no papel das regras e dos princípios no raciocínio prático em geral”. (RAZ, 1972, p. 839). Tradução nossa de: “[...] principles can be used to justify rules but not vice versa. This is, perhaps, the most important difference in the role of rules and principles in practical reasoning in general”.

³⁸ “Assim como uma lei da natureza, uma regra de Direito liga dois elementos. Mas a ligação descrita pela regra do Direito tem um significado totalmente diferente do de causalidade. [...]. A ligação entre causa e efeito é independente do ato de um ser humano ou sobre-humano. Mas a ligação entre um delito e uma sanção jurídica é estabelecida por um ato, ou atos, de seres humanos, por um ato criador de Direito, isto é, um ato cujo significado é uma norma”. (KELSEN, 2001, p. 324).

³⁹ “Quando não há juiz sobre a Terra, cabe dirigir um apelo a Deus no céu”. (LOCKE, 2005, p. 401).

garantia, que prescreve a uma corte suprema, entre outras possibilidades, a invalidação da norma posta. O que é comumente chamado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances system*) e não causaria maiores embaraços se as coisas fossem só nisso.

5. RELAÇÃO MEIO-FIM

A conduta é diretamente regulada por uma regra ou indiretamente regulada por um princípio, o qual elege um fim, significando que, *a priori*, qualquer conduta pode ser qualificada como lícita, a depender da consequência que promove⁴⁰. Desse modo, tal como para um típico utilitarista, o que importa não é o meio empregado, mas o resultado alcançado⁴¹. Assim, a conduta como causa e o fim como efeito são concatenados por meio de um argumento pragmático⁴². Todavia, essa relação entre causa e efeito, medida pelo grau de sucesso, é extremamente tênue, uma vez que, ao menos desde HUME⁴³, têm sido apresentados sérios questionamentos quanto ao real alcance da causalidade, com o princípio da incerteza de HEISENBERG sendo apenas mais um capítulo desse enredo⁴⁴. De toda sorte, ao estabelecer uma relação entre meio e fim, a norma jurídica não reflete qualquer lei da natureza, sociológica, econômica ou moral, por mais que, como justificativa, invoque o legislador qualquer uma delas, pois o cânone que opera no direito positivo é o da imputação e, assim, o vínculo jurídico estabelecido é autônomo em face de outros. “Ter de”, com feito, não é o mesmo que “dever-ser”⁴⁵.

Pode-se estabelecer, simplesmente, o princípio, deixando a conduta em aberto, e julgando, *a posteriori*, se a norma foi respeitada em razão do resultado alcançado, mas

⁴⁰ “[...] seguir <<más o menos>> un principio (P) *quiere decir* que el principio (P) puede seguirse de diferentes formas alternativas que no pueden identificarse PF [*prima facie*], por adelantado”. (AARNIO, 1997, p. 26, (esclarecemos entre colchetes).

⁴¹ “Sua regra nuclear é: ‘Sempre se comporte de modo a maximizar a utilidade esperada’”. (BUNGE, 2012, p. 397-398).

⁴² “Um uso característico do argumento pragmático consiste em propor o sucesso como critério de objetividade, de validade [...]”. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 305).

⁴³ A causalidade nada mais seria do que um hábito, pois “[...] após uma repetição de casos semelhantes, a mente é levada pelo hábito, quando um dos acontecimentos tem lugar, a esperar seu acompanhamento habitual e a acreditar que ele existirá”. (HUME, 2004, p. 113).

⁴⁴ “[...] Werner Heisenberg (1901-1976) propôs o ‘princípio da incerteza’ em 1927. O princípio era parte filosofia, parte experimento. Heisenberg disse que o próprio ato de conduzir experimentos com elétrons basta para alterá-los. Isso impõe limites ao que se pode saber”. (BYNUM, 2019, p. 264).

⁴⁵ “O ter de — expressa necessidade causal. Supõe-se que também o ‘dever-ser’ expressa uma necessidade, então, precisa separar-se claramente a necessidade causal da normativa”. (KELSEN, 1986, p. 13).

também se pode fixar de antemão com quais condutas deve-se atingir o fim ou, ao menos, com quais não se deve. Por um lado, quem quer o fim, pode não legitimar todos os modos; por outro, pode-se desejar certo desfecho apenas se mediante um único meio. Agora, a questão ganha complexidade se imaginarmos, segundo alguma lei que não a jurídica, que o meio eleito não realiza o fim ou que, sem ser pela via vetada, não seria possível também atingir o fim. Todavia, a máxima dos filósofos, o cálculo dos matemáticos ou a verve dos juristas não têm o apanágio de invalidador de norma jurídica, pois, ao fim e ao cabo, é caso para a volição e não para a razão a conexão que existe entre um princípio e uma regra. Alguém deve decidir, que outro não é senão o sujeito habilitado segundo a norma competência.

A terceirização da decisão ou a multiplicidade de entes para decidir produz um efeito há muito denunciado pela teoria constitucional, que é o do “estado hamletiano”. Com isso, porções do poder estatal são, sem maiores controles, repassados a outrem, que decide sob o manto fantasioso do tecnicismo⁴⁶. No mais, a decisão é transvestida como de caráter meramente declaratório, como se, de fato, não houvesse escolhas, mas apenas métodos inquestionáveis que conduzem a resultados únicos. Assim, não se pode olvidar que a relação meio-fim no direito positivo é arbitrária, pois estabelecida pela norma jurídica, posta por um ato de vontade. Contudo, tal afirmação não deve causar horror a ninguém, pois, disfarce à parte para tornar algo mais agradável aos olhos, em maior ou menor grau, é também arbitrária em outros campos. Desse modo, é nada mais nada menos do que grave equívoco renunciar-se ao poder de decidir em favor de um técnico. E se a opção de um direito positivo for pelo legislativo como órgão encarregado da decisão, não temos dúvida de que será a melhor ou, como queiram, dos males, o menor. No mais, deve trabalhar o militante para compor o legislativo com membros mais qualificados, virtuosos, altruístas e, benza deus, preocupados com as grandes causas da humanidade, para que, então, advenham normas jurídicas eficazes, justas e, por que não, belas, mas não se deve esvaziar o poder de decidir do parlamento e entregá-lo a quem não tenha voto em nome de uma relação de meio e fim que nem pode ser confirmada.

6. JUDICIÁRIO

⁴⁶ “O avanço da tecnoburocracia, dos critérios econômicos fundadores da racionalidade administrativa e econômica são, talvez, os principais responsáveis pela perda do monopólio do político por parte do Estado”. (MACEDO JR., 2011, p. 114).

A norma de competência constitucional estabelece o parlamento como autoridade para fixar direitos e obrigações de modo geral e abstrato. Mas sempre haverá dúvidas, dado um caso concreto, sobre a subsunção da regra. Nesse ponto, é que se estabelece órgão próprio para decidir, o que não põe em risco o parlamento se a questão tem por base uma concreta situação, bem como vincula apenas as partes. Ademais, mesmo que se imagine situações *erga omnes*, ainda assim estaria garantido o parlamento se o tema é meramente estabelecer o alcance da regra para a subsunção, reconhecendo-se, por exemplo, que um caso *x* subsome-se, ou não, a uma norma *y*. Ademais, mesmo quando se reconhece que um caso *x* não pode ser reconduzido a uma norma *y*, quando então, a princípio, dever-se-ia aplicar a argumentação a *contrario sensu*, não produziria nenhum dano ao poder de decidir do parlamento se se empregasse, alternativamente, em razão de uma proximidade, o argumento *per analogiam*⁴⁷. Nesse caso, como nenhum dos métodos tem prevalência sobre o outro, os princípios podem jogar um papel na escolha de um deles⁴⁸. Da mesma sorte, também não promove embaraços um controle do procedimento legislativo, perquirindo se a norma jurídica foi posta seguindo o passo a passo prescrito na norma de competência constitucional. Em suma, uma separação nesses termos entre as funções do legislativo e as do judiciário não provoca maior fricção, sendo, na verdade, um imperativo para o bom funcionamento do direito, tomado como construção escalonada, em que, a cada positivação normativa, torna-se mais concreta a ordem jurídica⁴⁹. O judiciário pode ficar, nesses moldes, com o título de “guardião” da constituição.

Agora, ponto totalmente diferente é permitir, ou mesmo aplaudir, que uma corte política, mesmo que sob o rótulo de órgão máximo do poder judiciário, passe a invalidar as regras postas pelo legislativo, alegando desconformidade com princípios que estabelecem fins de todo abstrato, não passíveis de controle por mensuração, ou, mais grave, passe a expedir

⁴⁷ “[...] quando se passa de um caso particular a outro, é necessário, para que o argumento pelo exemplo seja aplicável, que o segundo caso seja suficientemente semelhante ao primeiro, que possa ser desprezado o que os diferencia”. (PERELMAN, 2000, p. 174-175).

⁴⁸ “Os primeiros esforços ou esforços iniciais para formular um princípio racionalizante [...] funcionam em seu contexto original como tentativas de justificar ou legitimar uma extensão judicial da lei [...]”. (MACCORMICK, 2006, p. 208).

⁴⁹ “Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos [...], e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes [...]”. (HART, 2005, p. 338).

ela mesma a regra adequada, substituindo anteriores. Nesse caso, não se estaria exercendo uma atividade complementar — que sempre se fará necessária em face de casos concretos, uma vez que as normas jurídicas de caráter geral e abstrato, em alguma medida, sempre apresentarão uma textura aberta⁵⁰ —, mas atuando como o verdadeiro órgão sucedâneo do legislativo. E alegar um princípio como escusa é como sentir vergonha da nudez e cobrir-se, fruto do pecado original, pois se intui, mesmo que não se admita, que é errado, em nome do bem, do belo e do justo, avoca o poder de criar o direito abstratamente, para todos, que pertence ao legislativo⁵¹.

Refinar uma norma jurídica *y*, estendendo seu alcance à conduta *x* ou, ao contrário, afastando-a, é uma coisa. Determinar a invalidade dessa norma porque contraria a competência dada ao órgão legislativo pela constituição, que determina as matérias a serem tratadas e as que são proibidas, ou mesmo apontar desconformidade quanto à forma, é outra. Mas ambas as ações estão cobertas por aquilo que se chama de garantia da norma de competência⁵². Agora, é questão ímpar, que não se confunde com as anteriores, uma corte política que se alvora como competente para vincular ela mesma meios e fins, em detrimento daquele estabelecido pelo legislativo, mesmo que sob o pretexto de que estaria a aplicar

⁵⁰ “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*”. (HART, 2005, p. 141).

⁵¹ Ao imaginar seu juiz Hércules, DWORKIN (2010, p. 196) faz o possível para apresentá-lo como um ser racional, que, dado algum talento extraordinário, mesmo contra suas próprias convicções, poderia inferir, em um caso difícil, a solução correta: “Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas [...]. Utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam”. Todavia, o juiz Hércules não passa de uma petição de princípio, já que seria ele a prova daquilo que visa a demonstrar, pois não é uma questão de capacidade cognitiva encontrar a solução correta se ela não existe. Assim, mesmo que no mundo haja alguém com dotes para encontrar a justiça, ele somente terá sucesso se ela existir, por mais que venha a “[...] examinar meticulosamente/detidamente/minuciosamente; não perder o menos gesto [...], rever, [...], reparar bem, inspecionar, rondar, revistar, vasculhar, passar em revista [...]”. (AZEVEDO, 2010, p. 185).

⁵² “Na sua essência, a garantia repousa (embora não se esgote) num juízo de conformidade ou desconformidade perante a norma garantida; procura-se saber se um acto ou uma norma de grau inferior são conformes ou desconformes com uma norma de grau superior e, no caso de desconformes, procura-se inutilizá-las”. (MIRANDA, 1996, p. 212).

princípios⁵³. Sem embargo, princípio não é palavra mágica que concede salvo-conduto nem mesmo para uma suprema corte⁵⁴.

Imaginemos que haja um princípio como o da liberdade, estabelecendo como fim a autonomia das pessoas. Ora, diante disso, qualquer norma criada poderia ser invalidada porque, ao fim e ao cabo, restringiria a conduta de alguém. Também imaginemos que haja um princípio como o da igualdade, o qual estabelece como fim a isonomia entre as pessoas. Mas como normatizar é sempre uma forma de estabelecer diferenças, uma norma jurídica sempre poderá ser invalidada por não ser suficientemente igualitária. Agora, se tomarmos ao mesmo tempo o princípio da liberdade e o da igualdade, simplesmente haverá uma contradição, pois as pessoas livres tender a ser desiguais e a igualdade, por outro lado, é obtida às custas da liberdade⁵⁵. Nesse ponto, deve-se decidir qual princípio será observado e qual será desrespeitado, o que afasta desde já a ideia de que somente as normas se aplicariam à base do tudo ou nada⁵⁶. Claro que alguém sempre pode ter a ideia de evocar o rei SALOMÃO⁵⁷, mas seria errado pensar que se está aplicando os dois princípios ao mesmo tempo ou, pior, um pouco de cada um. A questão é que, diante de uma hipótese, aplica-se um princípio e não

⁵³ “Em um sistema de controle jurisdicional forte, os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma lei em um caso particular (embora a lei em seus próprios termos se aplique claramente nesse caso) ou para modificar o efeito de uma lei para tornar sua aplicação conforme aos direitos individuais (de maneiras que a própria lei não prevê). [...]. Em um sistema de controle jurisdicional fraco, ao contrário, os tribunais podem examinar a legislação para verificar sua conformidade com os direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam de outra forma violados”. (WALDRON, 2005, p. 1354-1355). Tradução nossa de: “In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). [...]. In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated”.

⁵⁴ “[...] princípios não deve levar a ilusões, exigindo cuidados e contenção: os princípios são remédios que se apresentam como panaceia, mas o seu uso descomedido pode levar ao envenenamento. Eles têm [...] um quê de diabólico”. (NEVES, 2019, p. 151).

⁵⁵ Em sentido contrário: “Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos”. (SILVA, 2002, p. 44).

⁵⁶ A ingênua ideia de que os princípios poderiam ser distinguidos das regras com base no modo de aplicação, repetida acriticamente à exaustão, é obra de DWORKIN (2010, p. 36) “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. [...]. Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.

⁵⁷ 1 Reis 3:25: “E o rei disse: ‘Cortai o menino vivo em duas partes e dai metade a uma e metade à outra’”.

outro; diante de outra hipótese, aplica-se este outro e não o primeiro, o que significa, quanto à aplicação, não haver nenhuma diferença em princípios e regras⁵⁸.

Entre dois princípios, escolhe-se um e a partir daí é dado contorno à regra, podendo mesmo haver, caso haja uma tomada de posição forte em relação ao princípio eleito, o reconhecimento da invalidade de regra. Contudo, esse modo simples de entender a atividade judicante em relação aos princípios e às regras não tem tido destaque desde que ALEXY apresentou sua teoria da ponderação. Por ela, fins como a liberdade e a igualdade poderiam ser alcançados ambos, na medida do possível, sem que um anule outro⁵⁹. Ideia, não negamos, muito bonita e que nos faz sentir bem, pois não precisamos renunciar a nada, mas que não subsiste diante de um caso concreto, pois aí, necessariamente, aplica-se um princípio e não outro, quedando a regra, em um sentido binário para simplificação do raciocínio, confirmada ou infirmada⁶⁰. E, ainda, a favor da ponderação, poder-se-ia alegar que seria ela um meio apto para determinar qual dos princípios se aplicaria dada uma situação, mas, nesse ponto, não nos deixemos impressionar, pois a regra da ponderação de ALEXY não pode ser uma norma jurídica que prescreve como os juízes devem decidir. É, não mais do que isso, uma construção teórica, mesmo que *primus inter pares*. Técnica, aliás, que não permite uma conclusão *a priori*, sendo empregada, deveras, *a posteriori*, para legitimar uma decisão, passando a ideia de que seria fruto da razão e não da volição. No mais, deixando de lado, aqui, os casos em que a teoria da ponderação de ALEXY é evocada de fachada, não sendo de fato aplicada, pergunta-se: alguém tem dúvida de que dois julgadores diferentes, diante da mesma situação, aplicando tal técnica, podem chegar a conclusões diferentes? Assim, a técnica da ponderação, ao menos para muitos casos, os difíceis, não passa de uma tautologia, uma vez que fundamenta qualquer decisão⁶¹.

⁵⁸ Uma vez interpretados, “[...] tanto las reglas como los principios expresan siempre una norma del tipo o lo uno/o lo otro”. (AARNIO, 1997, p. 33).

⁵⁹ “[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]”. (ALEXY, 2011, p. 91).

⁶⁰ “[...] de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno”. (ATIENZA RODRÍGUEZ e RUIZ MANERO, 1991, p. 110).

⁶¹ “[...] *tautologia* é uma proposição invariavelmente verdadeira — sejam quais forem os valores-verdade de seus átomos constituintes”. (HEGENBERG, 1995, p. 208).

A verdade é que os defeitos do legislativo são os defeitos do legislativo e não há um porquê encobri-los. Mas, com isso, não se pode esquecer que até o momento nada melhor foi criado para o estabelecimento de direitos e obrigações em caráter geral e abstrato. Afinal, por mais imperfeito que seja, o parlamento é a representação do povo e tentativas de deslegitimá-lo porque um ou outro segmento está sub ou super-representado não é, ao menos em nossa forma de entender, o caminho adequado, já que o remédio para isso seria mais empenho dos descontes na próxima eleição. Agora, imaginar que o legislativo possa ser substituído por uma corte política, que passaria a estabelecer, de fato, normas jurídicas para toda uma população, mediante a alegação de que nada mais faz do que aplicar princípios, é subverter a ideia de democracia, ao menos no sentido em que a conhecemos, é empoderar um conselho de notáveis que não tem voto e que, ademais, não responde politicamente por suas decisões, é trocar a vontade popular, naquilo que dela é possível captar, pela de sua excelência.

7. POLÍTICA E CORTE DE NOTÁVEIS

Quando a norma de competência constitucional toma o caminho de estabelecer o legislativo como autoridade para expedir normas gerais e abstratas, desde que respeitados forma e conteúdo, então, para que tudo não seja mera recomendação, vê-se com a imperiosidade de estabelecer também um “fautor” da constituição, comumente uma corte de notáveis. Pessoas que se, por um lado, não têm voto, por outro, têm saber jurídico e reputação ilibada. Mas nada na teoria do direito exige que assim seja, podendo-se estabelecer outro o garantidor das normas constitucionais. De toda sorte, exercendo aquilo que podemos chamar de “autocontenção”, possibilidade que analisaremos abaixo, uma corte de notáveis pode funcionar bem, sem solapar a democracia. Todavia, a questão muda inteiramente de figura quando essa corte de notáveis passa a ditar os rumos políticos do país, no sentido de estabelecer quais normas jurídicas são boas e quais são ruins para integrar a ordem jurídica, ao invés analisar quais são válidas e quais são inválidas⁶².

O caminho é demasiadamente conhecido por aquele que não tem votos no parlamento e busca a corte de notáveis para implementar sua política derrotada, mas tudo é

⁶² Uma definição extremamente polêmica do termo “política” é a que lhe atribui o poder de distinguir amigo de inimigo: “A diferenciação especificamente política, à qual se podem reconduzir as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*”. (SCHMITT, 2019, p. 50-51).

feito de forma sub-reptícia, pois, mesmo que aqui e acolá requeira o deferimento de seu pleito em nome “dos mais altos reclamos de justiça”, a questão tem de ser maquiada para que aparente ser jurídica e não política. Nesse ponto é que os princípios são evocados, quando, em nome deles, uma norma jurídica é invalidada ou, mesmo, uma nova construída. Com efeito, ou a regra enunciada pelo parlamento deve ser invalidada por contrariar um princípio ou, ainda, uma regra que não foi posta pelo parlamento deve ser, mesmo assim, derivada de um princípio e imputada aos cidadãos. Esses dois pontos, tomados aqui tipicamente, permitem-nos entender como progressistas e conservadores continuam suas práticas nos tribunais, visando a tornar dominante as visões de mundo que professam.

O legislativo vota uma lei da qual se interpretam normas jurídicas que prescrevem condutas em desacordo com a tradição e a boa-criação. Os conservadores, evidentemente, não ficam contentes e deveriam mobilizar-se para, na próxima legislatura, convencer a sociedade da justeza de sua posição e, com isso, tornarem-se maioria para, conseqüentemente, revogar essa lei. Contudo, como atalho, elegem, *v.g.*, o direito de crença e opinião como princípio balizador de toda a ordem jurídica e pleiteiam, na seqüência, a invalidade de norma decorrente de lei votada e aprovada. Deveras, procuram vestir o que é sua visão de mundo como se fosse o conteúdo de uma norma de competência e, a partir disso, requerem a invalidade da norma criada, e se se tem uma corte conservadora e um parlamento progressistas, aquela passa a evitar mudanças que seriam mais do que legítimas, uma vez que o legislativo foi escolhido pela população com esse viés progressista. Todavia, para mascarar sua posição, que é desconforme à representação popular, a corte constitucional poderia denominar-se originalista⁶³.

Agora, o progressista também tem das suas, pois na mesma situação de falta de votos para modificar aquilo que entende, em um rótulo, como “patriarcado”, convicto da justeza de sua causa, ao invés de angariar apoios para uma próxima legislatura, vai até a corte de notáveis e pleiteia uma medida para sanar essa suposta omissão do legislativo em fazer do mundo um lugar mais igual. De um princípio como, *v.g.*, a “dignidade da pessoa humana”, mediante interpretação que não permite qualquer controle intersubjetivo, deriva a

⁶³ Um exemplo de suprema corte conservadora é a dos anos 30 nos Estados Unidos, a qual declarou algumas das mais importantes leis para a implementação do *New Deal* inconstitucionais, especialmente no caso do *National Recovery Administration*, órgão que, segundo o tribunal, interferia na livre concorrência e também na negociação entre empregadores e empregados. A respeito, veja-se: CURRIE, 1987.

necessidade de uma norma jurídica específica, que coincide com sua posição progressista, a qual, geralmente, é apenas projeto de lei que não tem o sufrágio necessário dos membros do parlamento para ir adiante ou, mesmo, que já foi rejeitado. Nessa linha, as normas não mais precisariam ser postas, uma vez que poderão ser “extraídas” dos princípios e se se tem uma corte progressista e um parlamento conservador, invocando-se questões principiológicas, criam-se novas normas jurídicas que até o momento não existiam, todavia, apontando que nada mais se estaria a fazer do que dando vazão a certos princípios. Temos, então, uma corte de ativista⁶⁴.

8. A QUEM CABE DECIDIR?

Em uma utopia, o ideal seria que cada um pudesse decidir a forma de melhor comportar-se. Entretanto, não há a necessidade de um grande arrazoado para demonstrar que, se assim fosse, passaríamos da utopia para a distopia. Um direito de decidir como bem se queira, na verdade, equivaleria a nenhum direito e estaríamos, então, em um estado de natureza⁶⁵. E uma forma de superar tal impasse seria aventando a ideia de que uma decisão por maioria, desde que façamos parte da assembleia votante, comporia a melhor forma para estabelecer-se a conduta devida. Mas também a participação direta na confecção dos textos que serão interpretados como normas gerais e abstratas é impraticável, o que não significa que, vez ou outra, plebiscitos e referendos não sejam desejáveis. Assim, devemos contentar-nos com uma participação indireta, quando representantes eleitos decidem quais normas jurídicas são criadas, quais são alteradas e quais são excluídas em nome dos eleitores⁶⁶. Há nisso, claro, muito de boa vontade, pois a legitimidade de tal conselho decorre de aceitarmos seu caráter representativo, não nos sendo desconhecidas as críticas dirigidas a tal modelo,

⁶⁴ Um exemplo de suprema corte progressista é a dos anos 60 nos Estados Unidos, conhecida como corte Warren, a qual, entre outras medidas, estabeleceu procedimentos não previstos em lei para beneficiar acusados em questões criminais. A respeito, veja-se: BELKNAP, 2005.

⁶⁵ “[...] durante o tempo em que os homens viveram sem um poder comum capaz de mantê-los todos em termos respeitosa, eles se encontravam naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”. (HOBBS, 2003, p. 109). E mesmo o bom selvagem só conquista a liberdade moral por meio do contrato social, que é “[...] a única coisa capaz de tornar o homem verdadeiramente senhor de si, porque o impulso exclusivo do apetite é escravidão, e a obediência à lei que o homem prescreveu a si mesmo é liberdade”. (ROUSSEAU, 2011, p. 70).

⁶⁶ “[...] a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo [...]”. (LOCKE, 2005, p. 502-503).

principalmente naquilo que equipara a vontade popular à vontade do parlamento⁶⁷, mas aqui cabem perfeitamente as palavras de CHURCHILL (2005), para quem a democracia é o pior regime com exceção de todos os outros.

Agora, uma corte de notáveis não é, em si mesma, um mal, podendo ser, perfeitamente, parte de uma engrenagem, quando a norma de competência constitucional estabelece para o parlamento um procedimento e também um conteúdo prefixado, a ser observados na confecção das leis, cuja interpretação dar-nos-á normas gerais e abstratas. Desse modo, uma vez inobservada a norma de competência, pode ser invalidado o produto da enunciação legislativa. Agora, tudo assume ares diferentes quando, em nome dos princípios, uma corte de notáveis começa, ela mesma, a decidir os rumos da nação de forma abstrata e para todos. Há, então, o que SCHMITT denuncia como a “aristocracia de toga”⁶⁸, e mesmo Kelsen, defensor de um tribunal superior como defensor da constituição, percebe o perigo de se invalidar as normas criadas pelo parlamento em nome da justiça⁶⁹. Nesse ponto, há confluência entre os dois grandes contendores⁷⁰. De toda sorte, o problema torna-se ainda mais agudo se tal corte, sem pudores, passa a atuar como legislador positivo.

Que as guerras são travadas em nome da paz e que injustiças são praticadas em nome da justiça não deveria surpreender ninguém, mesmo aqueles que preferem “O pequeno príncipe” (SAINT-EXUPÉRY, 2015) ao “O príncipe” (MAQUIAVEL, 2004). Entretanto, a questão é saber, no fundo, quem deve dizer o que é a justiça, e aí se encontra o ponto central deste artigo: deve ser, com todos seus defeitos, o parlamento ou, com todos seus méritos, uma

⁶⁷ “Há muito tempo, a vontade da respectiva maioria parlamentar baseia-se apenas em um acordo de organizações hegemônicas declaradamente heterogêneas, e o Parlamento tornou-se o palco de um sistema pluralista”. (SCHMITT, 2007, p. 93).

⁶⁸ “Mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga”. (1998, p. 245).

⁶⁹ “[...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. [...]. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional”. (2003a, p. 169).

⁷⁰ “[...] Kelsen veía claramente el riesgo de lo que él denominó el <<traslado de poder>>, el mismo riesgo que Schmitt había denunciado al hablar de politización de la justicia”. (ZAGREBELSKY e MARCENÒ, 2018, p. 88)

“aristocracia de toga”? De nossa parte, não é uma questão de escolher entre os mais sábios, pois o rei-filósofo pode ser o mais esclarecido dos déspotas⁷¹. A provisoriedade dos membros do parlamento, que periodicamente devem prestar contas aos eleitores, é ponto mais do que decisivo para preferir que as normas jurídicas gerais e abstratas decorram de ato de vontade do legislativo do que de “atos racionais” dos juízes, sob a forma de aplicação dos princípios, pois, uma vez que há a regra, não se pode mais simplesmente pinçar um princípio da mais alta generalidade para infirmá-la, lembrando, ademais, que sempre será possível destacar outro princípio, de mesma importância, para confirmá-la⁷². O controle, nesses casos, já foi feito pelo legislador, que responderá por ele na próxima eleição.

Na produção de textos a serem interpretados como normas gerais e abstratas, o destaque deve caber ao parlamento, que pode garantir sua autoridade de duas formas: em uma, passiva, haveria autocontenção da corte suprema; em outra, ativa, o legislativo recuperaria seu lugar de direito, legislando. Quanto à autocontenção, seria, sem dúvidas, um exemplo de harmonia, mas devemos lembrar que, não sendo os homens anjos e estando o poder à disposição, não hesitam em lançar mão dele⁷³. Nesse ponto, a forma como os princípios vêm sendo empregados, para afastar a decisão do legislador ou mesmo para decidir em seu lugar, criando novas normas jurídicas gerais e abstratas, é mais do que um indicativo da inviabilidade da autocontenção⁷⁴. Desse modo, a defesa da democracia representativa não

⁷¹ PLATÃO (2001, p. 251) acreditava que o fim dos males viria pelo rei-filósofo: “Enquanto não forem, ou os filósofos reis nas cidades, ou os que agora se chamam reis e soberanos filósofos genuínos e capazes [...], não haverá tréguas dos males [...]”. De nosso lado, achamos que ser extremamente culto não impede alguém de se tornar um tirano: “Catarina apreciava sinceramente suas ideias [dos filósofos] e abominava a escravidão. [...]. Mas a decência de Catarina não a impediu de distribuir dezenas de milhares de almas a seus favoritos. [...] Na verdade, como dona de milhões de almas nas terras da Coroa, ela própria era a maior proprietária de servos e sabia que essa parceria entre tsar e nobreza, baseada na convergência de interesses [...] era o pilar do império”. (MONTEFIORE, 2016, p. 285).

⁷² “Pode-se demonstrar que uma deliberação no direito está amparada por princípios e é desejável em suas conseqüências. Mesmo assim, deve-se provar que ela não entra em conflito com normas do direito já estabelecidas e de caráter compulsório”. (MACCORMICK, 2006, p. 252-253).

⁷³ “Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo: e se anjos governassem os homens não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo [...]”. (HAMILTON, MADISON e JAY, 1979, p. 131).

⁷⁴ Mesmo um defensor do ativismo judicial como DWORKIN (2010, p. 60) tem lá seus receios da fúria principiológica: “[...] não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo”. E por falar em Dworkin, provavelmente é a ele que WALDRON (2018, p. 125) se referia quando afirmou: “[...] en el mundo moderno, la idea de un gobierno de jueces [...] genera una fascinación persistente en cierto tipo de intelectuales. Me refiero a los intelectuales que imaginan que pueden ver en carácter de esos jueces educación, habilidades e intereses que concuerden con los suyos y que definitivamente ni pueden encontrar en el pueblo autogobernado de una democracia”.

pode ficar na dependência da parcimônia da corte suprema, cabendo, assim, ao legislativo avocá-la expressamente.

9. CONCLUSÃO

Veja ou outra ouvem-se as vozes de juristas contra os excessos das cortes de notáveis. Entretanto, isso deve ser posto entre parênteses, ao menos até checarmos se esse mesmo jurista não é só aplausos quando tais excessos vêm ao encontro daquilo que entende como mundo justo. Então, sua pena, ao invés de críticas, passa aos panegíricos, com loas aos fundamentos profundos e muito bem articulados, e que agora sim caminhamos rumo ao melhor direito, ou seja, àquele verdadeiro, que emana dos princípios mais puros e nobres da ordem jurídica. Em razão disso, os juristas não são bons aliados em uma cruzada para limitar as funções de uma corte suprema. Ademais, acalentam a esperança de que, com uma tese acadêmica bem construída, possam balizar a atuação do tribunal maior. Todavia, com isso, olvidam algo muito provável, ao menos naquelas situações denominadas de “caso difícil”, quando se decide primeiro e se fundamenta depois. E se tal sequência for correta, e não vemos um porquê não, então a tese acadêmica, por mais brilhante que seja, terá a função de legitimar a decisão, dando o verniz intelectual ao ato de vontade, mas não de moldá-la.

Agora, se os juristas não estão habilitados para o desafio, por outro lado, imaginar que a própria corte, em ato de autoconstrução, vá simplesmente deixar de cometer excessos, ou vá cometê-los em escala aceitável, é desconsiderar a natureza humana diante do poder. É certo que alguns homens frente a ele se intimidam, mas aí é mais caso de fraqueza do que de bondade, sendo que, mesmo para essa última hipótese, é grande o risco, por aquele que detém o poder, de vê-lo surrupiado pelo *hombre malo*. Assim, se um corte de notáveis pode decidir questões que dizem respeito a toda uma nação, não para um caso concreto, por denotação, mas de forma abstrata, por conotação, então ela vai decidir, mas, na sequência, para evitar prestar contas, esconde sob a saia dos princípios jurídicos, que, afinal, representariam tudo o que há de bom e põe-nos mais perto da civilização. A decisão, portanto, não seria uma decisão, mais sim uma revelação. Dá-se, dessarte, uma nova mão de verniz, agora para demonstrar legitimidade.

Resta, portanto, contra a aristocracia, o povo, quem se faz representado pelo parlamento. Nisso, deve-se ter bem presente que as normas jurídicas são produtos de atos de vontade, não estando dadas pela lei da natureza, pelo divino ou fruto de um gênio inventivo. São enunciados que, uma vez interpretados, prescrevem condutas, simplesmente impedindo que as pessoas vivam suas vidas da forma que bem entenderem (o que, com certeza, resultaria na guerra de todos contra todos e não no estado do bom selvagem). E aqui entra em cena essa fantástica criação humana que é o parlamento, já que o homem, por um lado, não pode viver sem normas jurídica e, por outro, não pode sempre participar do processo de sua criação. O parlamento é, sem dúvidas, o que melhor temos em termos de legitimidade para a criação normativa. Nesse ponto, não é só seu direito, mas é também seu dever impedir que seja abafado por um corte de notáveis. Para tanto, deve legislar, estabelecendo norma que permita invalidar as decisões da suprema corte quando elas invadam sua legítima competência para estabelecer normas de forma abstrata e para todos. Sem embargo, os detalhes dessa proposta já é tema para outro artigo.

Por fim, se como epígrafe deste artigo empregamos LOCKE, para concluir, é mais do que justo memorarmos o discurso de posse de ABRAHAM LINCOLN (1989, p. 299):

[...] o cândido cidadão deve confessar que se a política do governo sobre questões vitais, afetando todas as pessoas, for irrevogavelmente fixada por decisões da Suprema Corte, no instante em que forem tomadas, no litígio ordinário entre partes, em ações pessoais, então o povo terá deixado de ser seu próprio mandatário, tendo, nesta medida, praticamente renunciado seu governo às mãos daquele eminente tribunal⁷⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: _____; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (comps.). **La normatividad del derecho**. Traducción por: Sebastián Urbina. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-35.

ABRAHAM, Lincoln. **Speeches and writings: 1859-1965**. New York: The Library of America, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁵ Tradução nossa de: “[...] the candid citizen must confess that if the policy of the government, upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties, in personal actions, the people will have ceased, to be their own rulers, having, to that extent, practically resigned their government, into the hands of that eminent tribunal”.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**, [S.l.], n. 10, p.101-120, nov. 1991.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. **Dicionário analógico da língua portuguesa: ideias afins/thesaurus**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**, v. 4. Tradução coletiva. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2010.
AUSTIN, John Langshaw. **Cómo hacer cosas con palabras**. Traducción de: Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Barcelona, 2019.

BACON, Francis. **Novo órganon [Instauratio Magna]**. Tradução de: Daniel M. Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de: Flório de Angelis. Bauru/SP: EDIPRO, 2000.

BELKNAP, Michal R. **The Supreme Court under Earl Warren, 1953-1969**. Columbia: Univ of South Carolina Press, 2005.

BÍBLIA DE JERUSALÉM: nova edição, revista e ampliada. GORGULHO, Gilberto da Silva; STORNILOLO, Ivo; ANDRESON, Ana Flora. (coord.). Tradução: Juízes de: Jorge Cesar Mota, e Reis de: José Raimundo Vidigal. São Paulo: Paulus, 2003.

BLOM, Philipp. **Os anos vertiginosos**. Tradução de: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2015.

BUNGE, Mario. **Dicionário de filosofia**. Tradução de: Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2012.

BYNUM, William. **Uma breve história da ciência**. Tradução de: Iuri Abreu. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019.

CHURCHILL, Winston S. **Jamais ceder!: Os melhores discursos de Winston Churchill**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

COSTA, Valterlei A. da. **Afinal, quem deve ser o guardião da Constituição**. Revista brasileira de teoria constitucional, v. 6, n. 1, p. 23-40, jan./jun. 2020.

As cláusulas pétreas e [a] norma de (in)competência ou uma história de Ulisses as sereias. Revista de direito brasileira, Florianópolis/SC, v. 28, n. 11, p. 16-33, jan./abr. 2021.

Ensaio para uma teoria trilógica do tributo: um estudo normativo sobre tributação, competência e lançamento. 2019. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito) — UFPR, Curitiba.

COSTA, Valterlei A. da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. **A utilidade como critério de classificação do direito e no direito**. Revista brasileira de direito, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 186-213, set./dez. 2018.

CURRIE, David P. **The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940**. The University of Chicago law review, v. 54, n. 2, p. 504-555, 1987.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Tradução de: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP, 2015, DUBOIS, Jean; GIACOMO, Mathée; GUESPIN, Louis; MARCELLESI, Christiane; MARCELLESI, Jean-Baptiste; MEVEL, Jean-Pierre.

Dicionário de lingüística. 8.ed. Tradução de: Frederico Pessoa de Barros, Gesuína Domenica Ferretti, Dr. John Robert Schmitz, Dra. Leonor Scliar Cabral, Maria Elizabeth Leuba Salum e Valter Khedi. São Paulo: Cultrix, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 11.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade**. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org.).

Correntes contemporâneas do pensamento jurídico. Tradução de: Anderson V. Teixeira. Baueri, SP: Manole, 2010, p. 42-60.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, Hamilton; JAY, John. **O federalista**. Tradução de: Leônidas Gontijo de Carvalho, A. Della Nina, J.A.G. Albuquerque e Francisco C. Weffort. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

HEGENBERG, Leonidas. **Dicionário de lógica**. São Paulo: EPU, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de: José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2004.

Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de: Débora Danowski. 2.ed. São Paulo: UNESP, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de: Alexandre Krug (alemão), Eduardo Brandão (italiano) e Maria Ermantina Galvão (francês). São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

O problema da justiça. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Teoria geral das normas. Tradução de: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986.

Teoria geral do direito e do estado. Tradução de: Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Teoria geral do estado. Tradução de: Fernando de Miranda. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1945.

Teoria pura do direito. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (1.ed. 1934).

Teoria pura do direito. Tradução de: João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (2.ed. alemã, 1960).

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?.** [S.t.]. Leme/SP: CL EDIJUR, 2016.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**, v. 2. Tradução de: Luiz João Baraúna e Carlos Lopes de Mattos. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de: Julio Fischer. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Tradução de: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Tradução de: Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** [S.l.]: Coimbra Editora, 1996.

MONTEFIORE, Simon Sebag. **Os Románov: 1613-1918.** Tradução de Claudio Carina, Denise Bottmann, Donaldson M. Garschagen, Renata Guerra e Rogério W. Galindo, São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia.** Tradução de: Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NIETZSCHE, Fridrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2.ed. Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

RAZ, Joseph. **Legal principles and the limits of law**. The Yale law journal, v. 81, p. 823-854, 1972.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Tradução de: Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. Tradução de: Luiz Fernando Enediato. São Paulo: Geração, 2015.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. Tradução de: Antonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 25.ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **O conceito de político**. Tradução de: Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2019.

_____. **La defensa de la Constitución**. Traducción de: Manuel Sanchez Sarto. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Justicia constitucional**, v. I: historia, principios e interpretaciones. Tradução de: César E. Moreno More. Puno: Zela, 2018.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.

The core of the case against judicial review. The Yale law journal, v. 115, p. 1346-1406, 2005.

WRIGHT, Georg Henrik von. **Norma y acción**: una investigación lógica. Traducción de: Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.