

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA**

**FEDERICO LOSURDO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

---

T314

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

Coordenadores: Federico Losurdo, José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-379-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. 3. Decisão. 4. Argumentação Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



**XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA**  
**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

---

**Apresentação**

No XXV Congresso do CONPEDI, realizado de 07 a 10 dezembro de 2016, que teve lugar na UNICURITIBA, em Curitiba-PR, o Grupo de Trabalho - GT “Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica” se destacou no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados, que deixou a sala repleta até o término das atividades. Foram apresentados 22 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente.

Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em Direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que os temas do GT impõem ao Direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em blocos, que se congregam nesta coletânea.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno dos temas da justiça, da decisão e da argumentação. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella - IMED

Prof. Dr. Federico Losurdo - UFMA

## **NEOCONSTITUCIONALISMO: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL.**

### **NEOCONSTITUTIONALISM: A FINE LINE BETWEEN NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND JUDICIAL ACTIVISM.**

**Marcelo Tadeu de Assunção Sobrinho**

#### **Resumo**

O neoconstitucionalismo é teoria ainda em formação. Caracterizado pela busca de efetividade das normas constitucionais; utilização da técnica da argumentação; aplicação horizontal e direta das normas constitucionais e pelo protagonismo judicial. O ativismo judicial pode ser conceituado como um modo de exercício da função jurisdicional para além dos limites legais, apresentando dentre outras características uma hermenêutica que extrapola a amplitude semântica da norma. O ativismo judicial é fenômeno independente do advento do neoconstitucionalismo no Brasil, contudo, ambos os movimentos apresentam características que os alinham instrumentalmente na consecução dos seus fins comuns.

**Palavras-chave:** Constitucional, Neoconstitucionalismo, Nova hermenêutica constitucional, Ativismo judicial, Separação de poderes

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

neoconstitutionalism theory is still in formation. Characterized by the search for effectiveness of constitutional norms; use of technical arguments; horizontal and direct application of constitutional norms and by the judicial role. Judicial activism can be conceptualized as a judicial function to be exercised beyond the legal limits, presenting among other features hermeneutics that goes beyond the semantic range of the law. Judicial activism is independent of the advent of neoconstitutionalism phenomenon in Brazil, however, both movements have characteristics that instrumentally align them in achieving their common goals.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional, Neoconstitutionalism, New constitutional hermeneutics, Judicial activism, Separation of powers

## Introdução

O neoconstitucionalismo vem se destacando entre as teorias jurídicas que atualmente tem despertado a atenção da comunidade jurídica. Não há como ser indiferente à sua proposta hermenêutica porque os seus marcos teórico e filosófico, respectivamente, a constitucionalização do direito e o pós-modernismo, tangenciam questões que dizem respeito ao exercício da própria democracia, vale dizer, a possibilidade desabrida de que o poder legiferante seja exercido pelo próprio Poder Judiciário pela via hermenêutica, muito além das possibilidades socialmente aceitas pela comunidade jurídica quando do exercício da jurisdição.

O fenômeno do neoconstitucionalismo é, de fato, um movimento novo, mas somente do ponto do ponto de vista cronológico, no que tange a grande parte das suas proposições, conforme sugere a hermenêutica clássica na medida em que muitas das inovações sugeridas já são praticadas no meio jurídico, todavia, com a cautela recomenda, a exemplo da aplicação dos princípios, da promoção do interesse social por intermédio da jurisdição e da busca da efetividade das normas constitucionais. Por isto mesmo, ainda não houve tempo para apontar em sua integralidade as consequências que esta abordagem já gerou e os impactos que ainda resultarão no modo de funcionamento e relacionamento das instituições do Estado brasileiro.

Alguma tensão já pode ser constatada quando, por exemplo, por força do ideário neoconstitucionalista, os aplicadores do direito têm proferido decisões que dizem respeito ao exercício de políticas públicas, cujo exercício está funcionalmente atrelado aos Poderes Legislativo na sua modelação e ao Poder Executivo na sua execução. Isto porque a elaboração de tais políticas demanda a expertise necessária para a qual o Poder Judiciário não está constitucionalmente vocacionado.

As tensões também podem ser observadas quando se aliam o modo de exercício da função judicial além dos limites legalmente autorizados, fenômeno este denominado de *ativismo judicial*, com as novas propostas hermenêuticas adotadas pelo neoconstitucionalismo, que resultam na supervalorização dos princípios em detrimento das regras, gerando aumento do grau de insegurança e imprevisibilidade na aplicação do direito.

Os limites entre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial são tênues, de tal forma que tais fenômenos se auxiliam instrumentalmente na difusão dos seus próprios ideais, que a doutrina por assim dizer, clássica, aponta ser o exercício de um direito calcado na própria consciência do julgador, em que se substituem os valores estabelecidos pela sociedade e positivados pelo legislador pelos valores pessoais do próprio aplicador.

O objetivo deste artigo, portanto, é apontar o tênue limite da fronteira entre os fenômenos do *neoconstitucionalismo* e do *ativismo judicial*, ressaltando as suas características principais, os seus paralelismos para a consecução do fim comum que estes fenômenos se propõem, a despeito de ainda serem teorias sem consistência totalmente definida. Contudo, não se deixou de arrolar as severas críticas que têm sido lançadas as estes movimentos.

## **1. O neoconstitucionalismo: o começo da história, principais características e proposta hermenêutica.**

### **1.1 O começo da história**

Não é possível apontar um conceito único de neoconstitucionalismo face à diversidade de doutrinas que se intitulam com essa denominação, não se podendo, portanto, falar de uma teoria única do neoconstitucionalismo<sup>1</sup>.

Esta teoria teve início, sobretudo na Espanha e Itália e teve repercussão no Brasil a partir da divulgação da obra intitulada neoconstitucionalismo organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonel em 2003. O chamado neoconstitucionalismo não tem uma linha de fundamentação homogênea e seus autores buscam sustentação teórica em juristas como Ronaldo Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, contudo, nenhum desses autores se autointitula neoconstitucionalistas.

Critica-se na doutrina até mesmo a classificação do neoconstitucionalismo como uma teoria *pós-moderna* na medida em que se pressupõe que ainda não se definiu o que seja um estado pós-moderno, bem como porque o neoconstitucionalismo considera as doutrinas anteriores ao modernismo como obsoleto e extremamente marcado pelo positivismo. Na percepção de alguns doutrinadores esta postura do neoconstitucionalismo representa simplificação grosseira da realidade porque faz uma caricatura do positivismo como se este fosse um movimento doutrinário cego aos princípios e que não dá concretude à interpretação das normas constitucionais, entendimento que se revela inexato. Para tal constatação basta se verificar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de

---

<sup>1</sup> ÁVILA, HUMBERTO. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 5-7. Disponível na Internet: <<http://WWW.direitodoestado.com.br.asp>>. Acesso em: 01 out. 2016.

04/09/1942, art. 4º) já preconizava que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>2</sup>

Um dos teóricos mais representativos do neoconstitucionalismo no Brasil aponta que o pós-positivismo é o seu marco filosófico, bem como pontifica que o neoconstitucionalismo ainda é uma teoria em formação, que se apresenta com um ideário difuso<sup>3</sup>:

Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética.

## 1.2 Principais características e proposta hermenêutica

Embora haja uma pletera de características que conformam a teoria denominada de neoconstitucionalismo, até mesmo em razão da diversidade de definições que essa possa assumir, é possível identificar, contudo, as seguintes características principais e comuns aos diversos estudiosos do tema, conforme apontado pela doutrina:

A busca da *efetividade* da Constituição. Isto porque a Constituição é tida como a sede onde localizados os princípios diretores dos valores sociais e econômicos, sendo caracterizados pela sua textura aberta, não se prestando a um conceito unívoco e, portanto, demandam intervenção judicial para fixar no caso concreto a diretriz a ser tomada.

Outra característica digna de menção é a concepção de que *princípios e regras* compõem o sistema referencial teórico do interprete, com o mesmo *status* de norma jurídica<sup>4</sup>.

Desponta como característica relevante a valorização do *princípio da dignidade da pessoa humana* que funciona como norte de interpretação dos demais princípios e regras, aproximando o Direito da Ética, em que a ideia de justiça prepondera sobre o aspecto puramente legal do texto normativo, com fundamento nas concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 159 e 164-165, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 35-36. 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 32-33, 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016. Ver ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-

Destaca-se, ainda, o entendimento de que a resolução de antinomia entre regras dá-se pela aplicação da técnica da *subsunção* (“tudo ou nada”) porque não existiria tensão dialética entre essas regras de tal forma que somente uma deve prevalecer, posto que a regra tem por propósito essencialmente a busca da segurança jurídica. Contudo, quando se trata de tensão entre princípios deve ser aplicada a *técnica da ponderação* na medida em que estes possuem maior grau de abstração e se aplicam a diversas situações. Nesta derradeira hipótese, não se aplicará a regra do “tudo ou nada”, mas se avaliará o peso de cada princípio no caso concreto, mediante concessões recíprocas e preservação do núcleo essencial de cada um deles a fim de resolver a tensão dialética entre eles estabelecida, haja vista que esta tensão deve ser resolvida com a finalidade de se buscar a justiça do caso concreto<sup>6</sup>.

O neoconstitucionalismo se propõe a ser um novo “marco teórico pós-positivista” que oportuniza a criação da chamada “nova hermenêutica” constitucional<sup>7</sup>, que seria a hermenêutica utilizada por esta teoria e que encontra na técnica da argumentação um dos seus fundamentos. Neste ponto o neoconstitucionalismo utiliza a *teoria da argumentação* para o manejo de uma gama variada de princípios, que possuem textura aberta, de modo que se apresentam diversas possibilidades de desfecho do caso concreto sob exame, partindo do pressuposto de que não basta lançar mão do bom senso e do conceito pessoal de justiça do aplicador, havendo necessidade de convencimento do interlocutor. Deste modo o acerto da decisão deve ser resultante da utilização racional de um discurso devidamente fundamentado a ponto de induzir ao convencimento. Este convencimento deve ser alicerçado em fundamento normativo, embora se reconheça que este pressuposto tenha, às vezes, sido deixado de lado em detrimento de concepções pessoais de justiça do próprio julgador. Há necessidade de que o julgador exponha de forma analítica e fundamentada a sua argumentação a fim de permitir a sindicabilidade da decisão tomada.

Não se poderia deixar de mencionar como uma das características mais importantes do neoconstitucionalismo a chamada *constitucionalização* do Direito, fenômeno que hoje já alcançou largo espectro no direito brasileiro, implica não apenas tomar a Constituição como

---

moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 161, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016.

doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 34, 2003.

Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>7</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, vol. 96, n. 859, p. 82.

norte de todas as demais normas do ordenamento, mas resulta, ainda, na possibilidade de sua *aplicação direta*, ou seja, de forma *horizontalizada* para a solução do caso concreto envolvendo partes, sem a declaração de inconstitucionalidade da regra aplicável à solução da demanda<sup>8</sup>.

No neoconstitucionalismo o juiz passa a exercer *protagonismo* frente aos atores dos demais Poderes que, por força da *nova hermenêutica*, é colocado não mais na função de mero aplicador da lei, segundo seus defensores, mas na posição de principal realizador do texto constitucional, concretizando princípios, que, graças ao pós-positivismo, passam a ter valor normativo<sup>9</sup>.

O neoconstitucionalismo se propõe a ser “fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas”<sup>10</sup>.

O neoconstitucionalismo adota uma visão pós-moderna de democracia representativa na qual existiria uma discussão permanente dos interesses sociais, garantindo *aos cidadãos o poder de fiscalização* sobre a coisa pública por intermédio dos chamados fóruns cívicos e de instituições como instrumentos de intervenção dialógica<sup>11</sup>. Buscou-se apoio no entendimento de que todos os atores sociais, inclusive o cidadão comum, seriam legitimamente amparados a proceder à interpretação da constituição<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 164, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016.

doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

<sup>9</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, vol. 96, n. 859, p. 85. Também SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, p. 3, jan. 2009. Disponível em:

<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01/08/2016.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 29, 2003.

Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 154, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016.

doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 43-44.

Apresenta um *ideário humanista* na medida em que acredita e encoraja a emancipação do homem pela via da dogmática constitucional<sup>13</sup> mediante a possibilidade de aplicação direta da constituição, atribuindo-lhe eficácia, promovendo justiça, liberdade, igualdade e permitindo que a Constituição não seja apenas uma mera carta de intenções ou com caráter programático.

Outro elemento característico do neoconstitucionalismo é o advento do fenômeno da *judicialização da política e das relações sociais*, que abre oportunidade à maior ingerência do Poder Judiciário no cenário político e na implementação de políticas públicas em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo<sup>14</sup>.

## 2. Críticas ao neoconstitucionalismo

Não são poucas as críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo, as quais passarão a ser elencadas, sem prejuízo da possível existência de outras não apontadas, por força da novidade deste movimento em nosso ordenamento jurídico:

Aponta-se que o neoconstitucionalismo propõe a quebra do exercício da função típica de cada Poder, em cujo arranjo institucional o Poder Judiciário assume franco *protagonismo*, causando, assim, sério abalo à democracia na medida em que o Poder Judiciário passa a definir de forma unilateral, sem discussão no contexto social, o que seja moralmente aplicável, estabelecendo políticas públicas e se ingerindo nas questões políticas sem a participação do Congresso Nacional, ferindo o que disposto no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal<sup>15</sup>.

Sustenta-se que, muito embora o neoconstitucionalismo apregoe que os princípios tenham maior peso do que as regras, a nossa Constituição Federal é essencialmente regulatória, prova disso é que esta se apresenta de forma extremamente analítica. Deste modo, o espaço para aplicação da principiologia deveria ser residual e não em caráter principal. O próprio legislador, em alguns casos, tratou de desde logo sedimentar os valores e objetivos constitucionais em grande parte dos temas tratados no texto constitucional de tal forma que não seria correto afirmar que nossa Constituição tem caráter essencialmente principiológico.

---

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, p. 3-4, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01/08/2016.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, p. 1, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01/08/2016.

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 164, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016.

Parte-se do pressuposto de que normas e princípios inscritos na Constituição têm o mesmo peso hierárquico. Ademais, os princípios não poderiam prevalecer sobre as regras constitucionais quando o próprio legislador constituinte desde já escolheu a diretriz a ser adotada na hipótese de existência de uma regra para o caso concreto porque em tal situação já realizou a *ponderação*<sup>16</sup>.

Ademais, a lei infraconstitucional, assim como a normas constitucionais, embora possuam diferentes graus hierárquicos, têm âmbito específico de atuação, não se devendo aplicar as normas constitucionais quando já existente lei infraconstitucional que regule o caso concreto, posto que as normas constitucionais “foram inventadas para defender, proteger e amparar as boas legislações, aprimorando, corrigindo e suprindo as defeituosas”<sup>17</sup>.

Acrescentam os doutrinadores que as regras tem menor *custo de transação*, logo oferecem menor risco na sua aplicação porque não sujeitas à valoração e espelham o exercício da atuação democrática do Poder Legislativo<sup>18</sup>:

As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência do Poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é. (...). Penso que é chegada a hora de um pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção.

As regras infraconstitucionais somente devem deixar de ser aplicadas quando estas forem inconstitucionais e não quando, ao alvedrio do aplicador, este entender, segundo seus próprios balizamentos éticos, que seria mais razoável a aplicação de um princípio constitucional ao promover a aplicação direta da Constituição de forma horizontalizada. Portanto, no neoconstitucionalismo houve mudança do paradigma normativo que passou da “regra ao princípio”, bem como mudança do paradigma metodológico que mudou da “subsunção” para a “ponderação”, que segundo os seus críticos não encontra respaldo científico.

---

<sup>16</sup> ÁVILA, HUMBERTO. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 5-7. Disponível na Internet: <<http://WWW.direitodoestado.com.br.asp>>. Acesso em: 01 out. 2016.

<sup>17</sup> Cezar Saldanha Junior. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do PPGDir/UFRGS**, número II, março de 2005, p. 16. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/50226/31372>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan. 2009, p. 7 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01/08/2016.

Afirma-se que o neoconstitucionalismo, embora se proponha a ser um método ou teoria jurídica, mais se aproxima de um movimento ideológico, e para isto seus aplicadores lançam mão da *argumentação* que lhe permite a utilização de discurso *retórico* para alcançar desde já o fim colimado que pretende alcançar. Assumindo um viés ideológico, o adepto do neoconstitucionalismo pode dar à interpretação de um determinado texto o sentido que pretender, porque a sua tarefa é um *ato de vontade* e não um *ato de conhecimento*. Sustenta-se que a afirmação de que a decisão judicial seja um *ato de vontade* soa extremamente perigosa porque nega o primeiro dos princípios da democracia que é o da legalidade que tem na lei a expressão da soberania popular e relega a separação dos poderes a segundo plano<sup>19</sup>. Confira-se.<sup>20</sup>

Na interpretação da lei ou da Constituição, os “neo-constitucionalistas” separam o termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito.

A ênfase exagerada no Poder Judiciário, conforme proposto pelo neoconstitucionalismo, implica na assunção pelos juízes de decisões que envolvem valores constitucionais nas quais não detém expertise, a exemplo da *economia*, das *políticas públicas* e *regulação*, que em verdade demandaria uma postura de autocontenção<sup>21</sup>:

Ademais, essa obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel de outras instâncias na definição do sentido da Constituição - como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. (...). Só que, se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios - e eles são muito graves no cenário político brasileiro -, também é certo que os juízes não são semi-deuses, e que a esfera em que atuam tampouco é imune à política com “p” menor. (...), entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia de funcionamento da própria democracia.

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito - como Economia, Políticas Públicas e regulação.

A excessiva utilização da ponderação pelo neoconstitucionalismo, ao invés da subsunção, também não passa despercebida da crítica autorizada constituindo um forte elemento de desestabilização sistêmica. Sustenta-se que o aplicador tem se utilizado dos princípios até mesmo quando há regra clara para reger o caso concreto. A Constituição Federal, por ser extremamente analítica, sempre terá um princípio para reger um determinado caso concreto, a ponto de se afirmar que qualquer questão pode ser resolvida à luz da

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 379.

<sup>20</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, vol. 96, n. 859, p. 88.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan. 2009, p. 6-7 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01/08/2016.

Constituição e será decidida de acordo com a valoração do entendimento pessoal do aplicador do Direito<sup>22</sup>:

Somando-se os três fatores aqui apresentados – nova hermenêutica constitucional, sociedade aberta e Constituição analítica – uma conclusão alarmente exsurge: a Constituição dispõe sobre tudo e tudo pode ser qualquer coisa, segundo o critério de qualquer um!

Na verdade, essas decisões mostram como o “neo-constitucionalismo” faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.

Disso resulta que sempre será possível aplicar *ponderação* entre princípios constitucionais o que resulta num esvaziamento do ordenamento quanto à aplicação das outras espécies normativas: “Daí se afirmar que o paradigma da ponderação, se universalmente aceito, conduz a uma constitucionalização da ordem jurídica (*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*)”<sup>23</sup>. Contudo, o mais grave ainda está por vir: a ponderação abre a oportunidade para toda forma de subjetivos ou de solipsismo, no qual o julgador decide de acordo tão somente com a sua própria consciência<sup>24</sup>:

Em terceiro lugar, o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito. (...). Em outras palavras, admitida a tese de que toda interpretação é uma interpretação baseada nos princípios constitucionais, independentemente de regras infraconstitucionais, aceita estará a consequência de que, em muitos casos, a norma exercerá a função de mero conselho, assim considerado aquele enunciado que pode ou não ser considerado, mas mesmo que seja considerado, não precisa servir de guia para a conduta a ser adotada. (...).

Se quem faz a ponderação é o próprio destinatário, ele mesmo termina por guiar a sua conduta, o que conduz à eliminação do caráter heterolimitador do Direito. O próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termina por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer.

A *panconstitucionalização* do direito é outra severa crítica tecida contra o neoconstitucionalismo. Concorde-se que certo grau de constitucionalização do direito é até mesmo necessário, até porque a Constituição Federal é o centro irradiador dos valores de todas as demais normas. Contudo, quando este grau de constitucionalização se exacerba passa a ser um fator de constrição da democracia porque amputa o espaço de liberdade do legislador, passando a revestir-se de um viés antidemocrático. Destaca-se que a vinculação do particular diretamente à Constituição, pode implicar na imposição de supostos valores constitucionais, já que suas normas são dotadas de grande porosidade em sua interpretação, retirando-se do legislador a oportunidade de consolidar os anseios sociais e expressá-los por

---

<sup>22</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, vol. 96, n. 859, p. 89-90.

<sup>23</sup> ÁVILA, HUMBERTO. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 7-8. Disponível na Internet: <<http://WWW.direitodoestado.com.br.asp>>. Acesso em: 01 out. 2016.

<sup>24</sup> ÁVILA, HUMBERTO. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 7-8 e 10-11. Disponível na Internet: <<http://WWW.direitodoestado.com.br.asp>>. Acesso em: 01 out. 2016.

intermédio de regras.<sup>25</sup> Ademais, as regras exerce um importante fator de estabilização e de segurança jurídica porque estabelecem um parâmetro de legalidade estrita e com forte dose de uniformidade, ainda mais em sociedades *complexas* e *plurais* como a sociedade em que atualmente vivemos<sup>26</sup>.

A utilização da ponderação, até mesmo de forma desnecessária, tem aberto oportunidade para a prática do *ativismo judicial*, por força da sua adoção de forma discricionária e voluntarista, conforme reconhecido por parte de alguns teóricos do próprio neoconstitucionalismo<sup>27</sup>:

A metáfora da ponderação associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeitando-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações. (...). No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas com as nem tanto.

O risco de tal disfunção, todavia, não a desmerece como técnica de decisão nem priva a doutrina da possibilidade de buscar parâmetros melhor definidos para a sua aplicação. No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial.

Arrazoa-se que, em verdade, o neoconstitucionalismo nada trouxe de novidade: é “vinho velho depositado em odres novos”, que faz caricatura das tradicionais técnicas hermenêuticas já existentes, tratando-as de forma simplista, às vezes ignorando-as completamente, razão pela qual é vista como um mero movimento ideológico, revestida de uma roupagem pretensamente científica<sup>28</sup>.

### 3. O ativismo judicial: principais características, proposta hermenêutica e críticas.

#### 3.1 Principais características e proposta hermenêutica

O *ativismo judicial* tem servido de orientação aos adeptos do neoconstitucionalismo porque as suas características se alinham com o norte filosófico que permeia esta “teoria” na medida em que empodera os seus aplicadores, por intermédio de uma teoria da interpretação

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan. 2009, p. 8-9 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01/08/2016.

<sup>26</sup> ÁVILA, HUMBERTO. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro /fevereiro/março, 2009, p. 15. Disponível na Internet: <<http://WWW.direitodoestado.com.br.asp>>. Acesso em: 01 out. 2016.

<sup>27</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 42, 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 165, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

bem peculiar, denominada de *nova hermenêutica*, a realizar os seus ideais de justiça e de igualdade, extrapolando, contudo, os limites do próprio ordenamento <sup>29</sup>:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica dos Poderes Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

O ativismo judicial também é descrito como sendo um “modo específico” adotado por ocasião da interpretação da Constituição que amplia o seu “sentido e o alcance” <sup>30</sup>. Sustenta-se que esta postura hermenêutica é fruto da conjunção de diversos fatores, dentre estes, a maior participação do Judiciário na concretização dos programas constitucionais:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Conforme apontado pela doutrina o ativismo judicial apresenta características que vão ao encontro do anseio do neoconstitucionalismo, destacando-se o fato de que a decisão revestida de ativismo judicial extrapola a amplitude semântica projetada pelo próprio texto constitucional. A decisão marcada pelo ativismo também avança e promove desdobramento da norma constitucional que estaria reservada ao próprio legislador. Também se observa que, a despeito de que em algumas situações, mesmo já estando à norma concretizada, o aplicador neoconstitucionalista atribui efeitos diversos à norma aplicada, deixando de se ater ao que já propugnado pelo legislador. Por fim, destaca-se que, embora haja previsão normativa regulando os efeitos temporais da norma declarada inconstitucional (Lei n. 9.868/99, art. 27), não é incomum serem modulados efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de forma diversa ao que legalmente permitido. <sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 324.

<sup>30</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **CONJUR**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 29 Ago. 2016.

<sup>31</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 326-327.

Não se pode afirmar que o positivismo seja avesso ao entendimento de que a decisão judicial seja um *ato de vontade*, conforme já proposto até mesmo por Hans Kelsen<sup>32</sup>: “(...) através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”. Contudo, o ativismo judicial, enquanto anomalia interpretativa, parece ter mais empatia e melhor servir ao neoconstitucionalismo porque alinhada ideologicamente com os seus objetivos.

Kelsen procedeu à exclusão da Teoria da Interpretação do âmbito da Dogmática, justamente por sustentar que o ato de interpretação seria um *ato de vontade* e não de conhecimento<sup>33</sup>:

Isto porque, ao diferenciar o ato de interpretação do cientista do direito do que é praticado pelo aplicador do direito (órgão jurídico), definindo este como um ato de vontade e aquele como um ato de conhecimento, agrega outras tantas consequências, tais como: a) a afirmação de que, como resultado da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos, tem-se normas jurídicas (à diferença da interpretação do cientista do direito, que produz proposições jurídicas); b) a afirmativa de que a interpretação dos órgãos jurídicos são as únicas consideradas autênticas; c) que estas, também, são as que criam direito; e, por fim, d) que este ato de vontade está eivado de discricionariedade.

Esta dualidade no pensamento de Kelsen é apontados por alguns teóricos como sendo, talvez, a origem da vinculação entre o ativismo judicial e discricionariedade do julgador.

### 3.2 Críticas

O elevado *protagonismo* do Poder Judiciário já desperta no meio doutrinário um movimento contrário ao ativismo judicial, um *contramovimento*. O protagonismo do judiciário está tão acentuado que se cunhou a expressão *supremocracia* para descrever a atuação empoderada do Supremo Tribunal Federal em contraposição ao nosso fragilizado sistema representativo, assumindo a criação de normas, ainda que de forma subsidiária. Assim, o Supremo Tribunal Federal vem encampado as função de intérprete autorizado da Constituição Federal com a função de legislar, o que gera tensão institucional com a qual cada vez mais os atores dos diferentes poderes terão que lidar<sup>34</sup>.

Assevera-se que o *decisionismo* advindo do ativismo judicial tem caráter marcadamente antidemocrático na medida em que a sua compreensão acerca da agenda

---

<sup>32</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo; Martins Fontes, 1999. p. 249.

<sup>33</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

<sup>34</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de direito GV**, São Paulo, n. 4 (2), p. 441, jul.-dez. 2008.

constitucional passa a ser privilégio de uma elite em detrimento de representantes legitimamente eleitos para dar a ela a concretude necessária<sup>35</sup>.

Mesmo entre aqueles que são adeptos do neoconstitucionalismo, e entenderem que esta teoria tem trazido mais ganhos que dela se extrai, sobretudo pela adoção de sua atitude ativista, possibilitando a adoção de decisões *solipsistas* calcadas nos valores pessoais de cada aplicador em detrimento dos valores coletivos<sup>36</sup>:

Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.

A repulsa ao ativismo judicial não implica em amputar a capacidade criativa do aplicador da lei, porque interpretar é também um ato de construção do entendimento, que leva em consideração todo o arcabouço pré-constituído no ser do próprio intérprete<sup>37</sup>:

Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. Os diversos princípios que deve aplicar, por exemplo, o da analogia, ou o de suprir as lacunas da lei, ou em último extremo o princípio produtivo implicado na mesma sentença, isto é, depende do caso jurídico concreto, não representam somente problemas metodológicos, senão que entram a fundo na matéria jurídica mesma.

Contudo, a atuação judicial pelo viés ativista gera o terrível incômodo de por vezes o juiz decidir questões relativas à política pública, a exemplo do fornecimento de medicação ou internação em leito hospitalar privado por ausência de leito em hospital público, com enorme impacto econômico e social. Econômico porque o juiz, enquanto decisor isolado não tem noção do *custo* no orçamento público decorrente de sua decisão e do valor disponível que foi alocado para atender aquela específica ação de governo. A decisão também tem enorme *impacto social* porque ao acolher o pedido de fornecimento de medicação ou de internação, esta mesma decisão estará desconsiderando o contingente de pessoas que já estão aguardando, não raras vezes por tempo considerável e também em precário estado de saúde, ferindo-se, deste modo, o *princípio da igualdade*. Portanto, ao decidir o caso concreto o juiz estará

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 137.

<sup>36</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **CONJUR**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 208.

fazendo *política pública atomizada*, sem contar o fato de que este agente político não detém a *expertise necessária* para intervir em ações de caráter público extremamente complexas<sup>38</sup>:

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico.

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde.

Nem mesmo Dworkin, cujo marco teórico tem sido utilizado pelos neoconstitucionalistas para dar fundamentação à sua teoria, na medida em que aproxima Direito e Moral, deixou de ressaltar o caráter antidemocrático do ativismo judicial<sup>39</sup>:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

#### **4. A tênue fronteira entre a proposta hermenêutica do neoconstitucionalismo e o ativismo judicial.**

Atribui-se o acolhimento do ativismo judicial em nosso país à confluência de diversos fatores, dentre estes, o *desencanto* com os partidos políticos e com o Poder Legislativo, bem como à própria conformação da jurisdição constitucional, de tal forma que não mais se discute a sua existência, mais o grau de verticalização que a ela vai ser impresso<sup>40</sup>.

Estes são ingredientes que aproximam o neoconstitucionalismo do ativismo judicial, aliado ao fato de que a sua peculiar Teoria da Interpretação, de *caráter libertário*, extrapola o caráter vinculante das normas-princípios, conforme já ocorre no constitucionalismo, transformando-o numa verdadeira principiologização do Direito Constitucional, com menosprezo às regras e extração de desdobramentos normativos dos princípios, cuja

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **CONJUR**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 513.

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, p. 4-5, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

atribuição caberia ao legislador<sup>41</sup>. Chega-se ao ponto de se admitir o abandono de uma regra em detrimento de um norma-princípio, ainda que ambas sejam sediadas na própria Constituição, ou seja, mesmo já tendo o legislador constituinte realizado a concretização da opção legislativa<sup>42</sup>, transformando o aplicador em *legislador oculto*:

A disponibilidade dos princípios vem sendo arguida, e quanto a isso não há dúvida pela sua abertura e gradação. O que defendemos, contudo, é permitir ir além com a disposicionalidade das regras. Sempre se ensinou que elas valem no tudo ou nada e que não são decididas por ponderação e isso continua valendo. Ocorre que as regras em situações excepcionais, que não cumprem o objetivo ou a finalidade constitucional, devem ser derrotadas, e como consequência devem ser afastadas do caso concreto e não formar jurisprudência.

A adoção de um difuso ideário moralista também aproxima o neoconstitucionalismo do ativismo judicial posto que dá abertura para decisão de caráter acentuadamente subjetivo, calcada na filosofia da consciência, de caráter solipsista, que não permite a sua sindicabilidade porque fundamentada em critério pessoal que substitui a moral média adotada pela sociedade por intermédio da valoração adotada pelo legislador<sup>43</sup>.

(...) a tentativa de principiologizar a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento do legislador: Milhares de páginas de erudição jurídica e filosófica sobre os princípios levam sempre à mesma conclusão. Os princípios são vetores dos ideais de justiça, de equidade e de sensibilidade perante o caso concreto em contraposição às regras que são preciosas e ‘frias’. Em razão disso, o aplicador do direito deveria possuir liberdade de atuação, independentemente do conteúdo das normas vigentes, no intuito de realizar a justiça no caso concreto, recorrendo, conforme ‘ponderação’ pessoal, a princípios que exprimem valores.

## 5. Considerações finais

O neoconstitucionalismo, aliado à sua nova hermenêutica constitucional, é uma realidade inafastável no cenário jurídico brasileiro. A sua influência já está presente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, vale dizer, desde a academia até o tribunal de vértice do ordenamento jurídico, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal para as questões constitucionais e o STJ para as questões federais.

Conforme vozes abalizadas que compõe o contramovimento que tenta sensibilizar os mais entusiasmados adeptos desta teoria, ainda em formação, não haveria efetivamente nada de realmente novo que resulte da contribuição do neoconstitucionalismo, mas uma reestilização do que já tradicionalmente já existe.

Contudo, não se pode deixar de constatar que o neoconstitucionalismo traz como fio condutor de sua teoria a radical importância atribuída à principiologia e à técnica da ponderação, ambos utilizados de forma estratégica para viabilizar a instrumentalização da

<sup>41</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo; Saraiva, 2010. p. 298-299.

<sup>42</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais – IBDC, v. 63, p. 78, abr./jun. 2008.

<sup>43</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 62.

denominada nova hermenêutica constitucional na qual o seu intérprete, com o propósito de realizar a justiça e a igualdade, se substitui ao legislador na concretização dos valores que supõe sejam aqueles legítimos para o que entende como sendo a sua missão.

Utilizando esta técnica hermenêutica o aplicador do direito invade competência reservada precipuamente ao legislador e, a pretexto de realizar o justo, a si mesmo atribui a função típica de outro poder, quando não, de forma proativa realizada de forma atomizada política pública para o caso concreto, quando não está constitucional e tecnicamente a aparelho para o exercício desta função.

O ativismo judicial, a seu modo, também se alinha com algumas características do neoconstitucionalismo, de tal modo que ambos os fenômenos se autoimplicam de modo a concorrerem para a consecução dos seus fins, quais sejam, a pretendida efetividade das normas constitucionais para tanto utilizando-se de todo o instrumental hermenêutico que assessora estas abordagens que apresentam um linha de demarcação ideológica muito tênue, a ponto de se confundirem quando da realização da jurisdição.

## Referências

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://WWW.direitodoestado.com.br.asp>>. Acesso em: 01 out. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **CONJUR**, São Paulo, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 29 Ago. 2016.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

Cezar Saldanha Junior. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. **Cadernos do PPGDir/UFRGS**, número III, mar. 2005. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/50226/31372>. Acesso em: 15 set. 2016

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 161, ago. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 29 Ago. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 96, n. 859, p. 81–91, mai., 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais – IBDC, v. 63, abr./jun. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56993>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de direito GV**, São Paulo, n. 4 (2), jul.-dez. 2008.