

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-349-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2021, sob o tema geral “Saúde: segurança humana para a democracia”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Trata-se da terceira experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Direito ao esquecimento, ativismo judicial e discurso de ódio também estiveram presentes. Entretanto, por óbvio, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foi o tema mais presente nas discussões.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Samantha Ribeiro Meyer-pflug

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

**A GESTÃO DE CONFLITOS NO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO
NEOCONSTITUCIONALISMO E O SEU PAPEL DE AMPLIAÇÃO DO REGIME
DEMOCRÁTICO**

**CONFLICT MANAGEMENT IN JUDICIAL ACTIVISM WITHIN THE
FRAMEWORK OF NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS ROLE OF EXPANDING
THE DEMOCRATIC REGIME.**

**Jamile Gonçalves Calissi
Renato Zanolla Montefusco**

Resumo

A presente pesquisa buscou aprofundar o entendimento sobre o ativismo judicial e seu papel na gestão de conflitos a partir do seio do neoconstitucionalismo, sobretudo, de modo a atrelar tal função à consolidação da democracia. Pretendeu-se, também, estudar o ativismo judicial como relevante à efetivação dos direitos fundamentais. O objetivo final do estudo é a demonstração de que a concretização dos direitos guarda íntima relação com o papel democrático exercido pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Ativismo judicial, Concretização de direitos, Democracia, Gestão de conflitos

Abstract/Resumen/Résumé

This research sought to deepen the understanding of judicial activism and its role in conflict management from the heart of neoconstitutionalism, above all, in order to link this function to the consolidation of democracy. It was also intended to study judicial activism as relevant to the realization of fundamental rights. The final objective of the study is to demonstrate that the realization of rights is closely related to the democratic role exercised by the Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Judicial activism, Realization of rights, Democracy, Conflict management

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pesquisou o neoconstitucionalismo e a modificação do Poder Judiciário no enfrentamento de questões que exijam uma postura mais expansiva para a resolução e gestão do conflito que, positivamente, será denominado de ativismo judicial. Para tanto, foram trazidos os elementos constitutivos do neoconstitucionalismo, apresentando-se sua formação e características.

Utilizando o método indutivo, pesquisou-se doutrina para construir um panorama em que o ativismo judicial é justificado como válido e legítimo para a ampliação e proteção do regime democrático no sentido de que o seu papel na concretização de direitos, sobretudo fundamentais, é essencial em decorrência da omissão política.

O trabalho, também, superar as críticas ao ativismo e ao neoconstitucionalismo, viabilizando a justificativa de transformação operacionalizada pela atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos a partir da dignidade humana.

Por fim, a metodologia utilizada, além de utilizar-se da pesquisa exploratória, também procurou estabelecer uma análise ampliativa objetivando o exercício de reflexão crítica sobre o tema proposto, uma vez que se trata de análise da “construção” judicial do Direito pelo Poder Judiciário, atividade democraticamente legítima.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO

A origem do neoconstitucionalismo remonta ao pós-guerra em meados do século XX, quando as condições jurídicas proporcionaram um novo pensamento constitucional, principalmente, com a evolução da importância do princípio da dignidade humana, em resposta às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários da época, nazismo e fascismo.

Com a derrocada do Estado positivista assentado na supremacia do Parlamento, resultado do pós guerra que expôs o totalitarismo contra o qual a produção legislativa mostrou-se impotente, exurgiu a dignidade da pessoa humana como fator preponderante na construção e aplicação do novo Direito que nascia.

Deu-se início, então, ao combate à insensibilidade positivista e necessidade de busca de uma justiça material que refutasse a pretensa neutralidade positivista de outrora, reafirmadora da mera igualdade formal, armadilha ideológica que isentava o legislador e o juiz das consequências de suas decisões.

Foi “o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens” (COMPARATO, 2010, pág. 69) que conduziu à adoção da dignidade da pessoa humana como valor máximo informador da nova concepção de Direito pós-positivista.

A busca pela realização do elemento axiológico, condutor do neoconstitucionalismo (também denominado de constitucionalismo moderno ou contemporâneo) exigiu, então, a consideração dos princípios como normas jurídicas vinculantes (deônticas), o que revolucionou a hermenêutica e a reorganizou a partir da valorização dos direitos fundamentais edificados sobre o prisma da dignidade humana.

Sobre a dignidade humana, importante pontuar que é a condição de qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que lhe assegura, inclusive em oposição ao Estado, um complexo de direitos fundamentais contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano (SARLET, 2010, pág. 70).

De matriz kantiana, a dignidade humana é o valor absoluto da racionalidade, possibilitando o ato de possuir vontade, com dois elementos conformadores, o elemento finalístico em que o homem é o fim em si mesmo (igualdade), e o elemento da autonomia da vontade que é o princípio supremo da moralidade (liberdade). Por conseguinte, a dignidade é um valor intrínseco absoluto, ou seja, “aquilo que atribui valor absoluto ao ser humano porque o caracteriza como fim objetivo” (CALISSI, 2017, pág. 49).

Com essa preocupação, o mundo jurídico passou a analisar de forma mais atenta a questão do justo e do injusto como elemento do Direito. Nesse sentido, a constatação de que o Direito até pode apresentar-se travestido de injustiça, mas “só é direito por ter o sentido de ser justo” (RADBRUCH, 2009, pág. 11), isto é, por aspirar à correção e à justiça, elemento de sua validação.

Assim, passou-se a considerar que o sistema jurídico que não possuísse uma formulação (explícita ou implícita) de correção, ou que, possuindo, não lhe a satisfizesse, não poderia ser considerado um (ALEXY, 2009, pág. 41).

Dessa forma,

existe em todos os atos institucionais de produção do direito (seja o ato de promulgar uma constituição ou, mais concretamente, o ato de decidir um caso concreto com fundamento no direito positivo). Tal pretensão de correção está presente toda vez que algum juiz decide uma questão jurídica, e envolve necessariamente dois aspectos: a) a pretensão de que a decisão está corretamente substanciada à luz do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo; b) a pretensão de que a decisão é justa e razoável. (...) Significa, assim, dizer que ela está implícita em todos os contextos de

produção/aplicação do Direito, sendo, portanto, universalmente válida e objetivamente justificável (BUSTAMANTE, 2009, pág. 210).

Por conseguinte, “as normas de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto” (ALEXY, 2009, pág. 48). Trata-se do “argumento da injustiça” que em Radbruch opera-se um conceito relacional que determina o sopesamento entre os princípios de segurança e justiça material, com prevalência, *a priori*, do primeiro.

Não existe nenhuma fundamentação para que um direito positivo indubitavelmente reconhecido como injusto conserve a sua vigência (...) a validade do direito positivo somente pode fundamentar-se na incognoscibilidade do direito justo (RADBRUCH, 2009, pág. 27).

E, ainda:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça (ALEXY, 2009, pág. 34).

Na medida em que “os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos” (ALEXY, 2009, pág. 92). “No Direito o valor não é categoria ontológica; tem validade” (BONAVIDES, 2010, pág. 644). Assim, ganha a afirmação da validade do Direito em cientificidade por operar a partir de razões normativas e não metajurídicas ou extrajurídica afetas a discricionariedade retórica.

Nessa clara evolução, para desincumbir-se desse novo imperativo jurídico de concretizar a justiça material o juiz passou de expectador à artífice dos direitos fundamentais. Deixou de ser a boca que pronuncia as palavras da lei para tornar-se aplicador do Direito

Importante pontar, também, que no neoconstitucionalismo, o magistrado opera na “construção” e não na “criação” da norma.

Essa assertiva é fundamental para entender-se o neoconstitucionalismo e rebater as críticas quanto à extrapolação do Poder Judiciário em relação à sua função típica e invasão de função típica de outro órgão de Poder (Poder Legislativo).

Isso porque, no modelo positivista, encara-se a práxis jurídica com um emaranhado de regras válidas, positivadas, escritas e criadas por uma autoridade competente, relegando a segundo plano outras preocupações como a moral e as leis naturais, e o magistrado, quando

diante de questões complexas (*hard cases*) em que a previsão legislativa é insuficiente, tem ampla discricionariedade para decidir as questões de modo, inclusive a “criar” Direito (HART, 2009). Contudo, no novo modelo, não há “criação” pelos magistrados, mas “construção” do Direito pelas partes mediante os princípios, abandonando, assim o marco teórico e a perspectiva unilateral das regras, conforme preceituava o positivismo (DWORKIN, 2003).

A partir dessa nova concepção, a norma jurídica passou a ser estudada como uma construção de sentido composta de elementos sociais (imperatividade e autorização ou sindicabilidade) e sanção.

A norma jurídica pode tanto ser considerada em sentido amplo (leis) quanto em sentido estrito (Constituição, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções). A imperatividade corresponde ao dever-ser, à obrigação traduzida naquilo que permite/proíbe/obriga. O autorização ou sindicabilidade advém do não cumprimento da imperatividade, ou seja, quem sofreu o dano fica autorizado a pedir a sua reparação a quem descumpriu a norma. A sanção é a pena imposta a quem causou o dano (oriundo do descumprimento da norma). Por fim, no caso de não haver a reparação voluntária, cabe a coação (DINIZ, 2009, pág. 341-386).

É um resultado da interpretação que não precede ao intérprete nem existe sem sua atividade interpretativa.

Ou seja, esse novo entendimento do plano constitucional vem caracterizado com uma forte carga axiológica, através da valorização de princípios na concretização do Direito, além de dotar a Constituição com notável força vinculante, alteando o papel do Poder Judiciário na hermenêutica jurídica.

Nesse sentido,

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá

conformar-lhes o sentido e o alcance. (BARROSO, 2007, pág. 249).

Ainda, constata-se que o neoconstitucionalismo proporcionou a caracterização da Constituição como norma vinculante e fundamental para o sistema jurídico.

No que diz respeito à superação estritamente positivista, o neoconstitucionalismo propugna pela solução de conflitos ainda que a norma jurídica não esteja claramente adequada à questão fática.

Trata-se de da concretização do Direito pela interpretação do juiz, com a utilização dos princípios mais próximos do anseio social, principalmente no que diz respeito às normas e valores ligados a direitos fundamentais ganham a necessária atenção por parte do julgador, amoldando-se com harmonia ao caso concreto.

Eis o entendimento:

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas depende não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli, a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora também da validez, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas. Mas não é só. O neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e da saúde). (CUNHA JUNIOR, 2010, pág .40).

Nesse novo horizonte, há a subordinação da legislação infraconstitucional às normas constitucionais, através da compatibilização das regras e princípios inseridos na Constituição.

Tem-se, aqui, a importância dos princípios constitucionais, principalmente, quanto à validade das normas jurídicas, uma vez que é necessária a compatibilização das normas jurídicas com os princípios e regras constitucionais.

Portanto, o neoconstitucionalismo oportuniza a concretização do Direito, possibilitando a aplicação do texto constitucional através de mecanismos de interpretação

com ponderamento entre valores e Direito.

Assim,

No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério” (SARMENTO, 2009, pág. 5).

O aplicador do Direito, então, possui instrumentos tais que possibilitem uma interpretação capaz de captar o real sentido da norma abstrata, conjugando-a ao caso concreto, ainda que o texto legal, em seu sentido estrito, não preveja, de forma expressa, a orientação eventualmente adotada pelo intérprete.

Esse panorama propicia uma atuação cada vez mais ampliada das decisões judiciais que, ao levar em consideração o princípio da proporcionalidade e a utilização de raciocínios jurídicos abertos, estimulam a gestão de conflitos voltada para a efetivação da justiça.

Nesse sentido,

O direito constitucional contemporâneo vem passando por momentos de transformações paradigmáticas, devido especialmente ao declínio do positivismo jurídico e de seu discurso axiomático-dedutivo do Direito. A cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à interpretação constitucional hodierna, na busca de seu desiderato maior de reaproximar o Direito da ética. No neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional da distribuição de justiça. É nesse diapasão que desponta a relevância da construção científica de novas fórmulas dogmáticas e em especial o reconhecimento da dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do Direito.

Contemporaneamente, a reconstrução neoconstitucionalista do Direito vem se desenvolvendo na esteira do discurso axiológico-indutivo que valoriza o principialismo e o pensamento tópico-problemático. Com o objetivo de realizar a Constituição, o exegeta contemporâneo não pode mais ficar adstrito à norma-dado (*prius* da interpretação constitucional), mas, sim captar seu verdadeiro sentido e alcance a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto. Neste mister precípua, haverá, então, de refletir acerca do melhor caminho dogmático a seguir, sabendo, no entanto, que sua norma-decisão já devidamente interpretada irá enfrentar o controle subjetivo da sociedade como um todo. (GÓES, 2007, págs. 113-114).

Portanto, o Poder Judiciário tem adquirido um potencial protagonismo, utilizando-se

de formas mais flexíveis de interpretação legislativa com o objetivo de entregar uma mais justa prestação jurisdicional aos litigantes.

3.O ATIVISMO JUDICIAL E A GESTÃO DE CONFLITOS OMITIDAS POLITICAMENTE

De início, cabe um esclarecimento. A utilização do termo ativismo judicial neste trabalho é de forma positiva.

Existe uma ampla discussão hoje a respeito do papel do Poder Judiciário. As críticas recaem sobre a extrapolação do Judiciário em relação a sua função típica.

Nesse sentido, há, ainda, uma confusão de utilização de termos, principalmente pelos críticos da prática.

Assim, neste tópico será discutida a utilização do melhor termo, adiantando-se, que o ativismo judicial é utilizado aqui de forma positiva, no sentido de validação da atuação do Poder Judiciário quando, na ausência do Poder Legislativa, principalmente, utiliza-se de técnicas interpretativas expansivas para solucionar o conflito.

O que se habituou chamar ativismo judicial teve seu marco de surgimento na jurisprudência norte americana, com especial destaque ao período pós-guerra, tendo em vista que os magistrados proferiam decisões que, por vezes, iam além da norma escrita, a fim de adequá-las aos direitos fundamentais.

Tal postura foi considerada um grande avanço da justiça constitucional. É um momento de estabelecimento de um novo Direito Constitucional, que possui, ainda, como marcos representativos o marco histórico europeu, representado pelo constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, o marco filosófico baseado no chamado pós-positivismo e o marco teórico, a partir o reconhecimento da força normativa da Constituição, além da expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova ordem voltada para a interpretação constitucional (BARROSO, 2009).

A denominação “ativismo judicial” não é pacífica. Nesse sentido, importante estabelecer a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política.

Conceitos opostos, o ativismo judicial se concentra na produção criativa pelos Tribunais, de modo que magistrado faz escolhas para concretizar valores normativos constitucionais por meio de uma hermenêutica jurídica expansiva, enquanto que a judicialização política é a transferência de decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, de maneira que este último poder fica responsável por “estabelecer” normas a

serem observadas pelos demais poderes.

Assim, essa judicialização acontece nos casos em que questões sociais de cunho político são levadas para análise do Judiciário com o objetivo de que ele resolva conflitos e restaure a paz.

É válido destacar ainda que o processo de judicialização teve origem no modelo constitucional adotado e não está diretamente relacionado ao exercício da vontade política. De maneira diversa, o ativismo judicial é construído com base em uma escolha feita pelo magistrado a respeito de sua maneira de interpretar as normas constitucionais visando conferir-lhes maior amplitude (MASSON, 2020).

Não se pode confundir, também, o ativismo judicial com o solipsismo judicial, uma espécie de discricionariedade que anula a autonomia do Direito.

Nesse sentido,

O “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei (STRECK, 2007, pág. 30).

A ideia de solipsismo está ligada ao paradigma epistemológico cuja essência está presente na filosofia da consciência.

Com o surgimento da filosofia da consciência passa-se a ter a ideia de que os sentidos ficam concentrados na consciência do sujeito. A partir dessa abordagem, pode-se afirmar que os sentidos não estão mais nas coisas, visto que agora elas deixam de ter uma essência. Assim, o sujeito por meio de sua razão passa a atribuir sentido às coisas, e essas serão o que a consciência do sujeito lhe disser. Tudo isso sob a justificativa de que o indivíduo é um ser pensante e, por esse motivo, não se pode duvidar.

Assim

A partir de René Descartes, tem-se que os sentidos se antes estavam nas coisas (por que estas tinham uma essência), agora passam a estar na consciência do sujeito. Vale dizer, a filosofia cartesiana transfere a substância aristotélica que se colocava na natureza e naquilo que, diante da constante modificação, permanece inalterado, para a certeza de si do pensamento pensante (cogito). Todas as afirmações e dogmas da tradição foram colocados em dúvida pelo cartesianismo, até que essa dúvida encontrou qualquer coisa que já não podia ser posta em dúvida: enquanto se duvida, não se pode duvidar que aquele que duvida ele próprio existe e que tem que existir para que possa duvidar. Na medida em que duvido, portanto, eu sou. O eu é aquilo que não pode ser colocado em dúvida. Desse modo, antes da teoria acerca do mundo (esse sim, objeto da dúvida), deve colocar-

se a teoria acerca do sujeito. Daqui em diante a teoria do conhecimento é o fundamento da filosofia, o que a torna moderna, distinguindo-a da medieval (STRECK, 2007, p. 36).

Com isso, o sujeito do paradigma da filosofia da consciência irá guiar sua busca pelo conhecimento de uma intencionalidade subjetiva dominante, de modo que ele passa a ser livre para tomar as próprias decisões. Nesse caso, irá prevalecer as práticas que o sujeito exerce sobre o objeto mantendo constante a “relação sujeito-objeto”, a ponto de não se encontrar vinculado a nada que não seja a sua própria consciência.

É nesse contexto, pois, que se pode entender a transposição de um Estado legislativo de direito, muito dependente dos formalismos do positivismo, até o surgimento de um Estado constitucional de direito, caracterizado por aspectos pós-positivistas e neoconstitucionais.

Essa transformação do nível constitucional encontra sua essência, principalmente, na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. A partir desse ângulo é que se pode entender o protagonismo do Poder Judiciário, quanto ao exercício de uma jurisdição constitucional cujo objetivo seja em prol da concretude da vontade da Lei Fundamental do Estado.

Justamente nesse ponto é que se produz as críticas ao neoconstitucionalismo, atribuindo-lhe suposto caráter antidemocrático por conta dessa atuação judicial.

A crítica repousa sobre a alegação de que o Poder Judiciário, ao pautar suas decisões em conteúdo axiológico, invade a esfera de outros poderes, principalmente, o Legislativo.

Para essa crítica, o juiz não possui legitimação direta do povo, porque não eleito, razão pela qual a interpretação do texto normativo pelo intérprete em face do caso concreto, mediante a utilização de princípios insculpidos na Constituição da República e, em detrimento da aplicação do dispositivo legal, violaria o princípio da separação dos poderes.

E, como o próprio nome sugere, o termo judicialização se refere a tendências relacionadas ao papel das instituições judiciais no sistema jurídico. Então, seu surgimento vem principalmente das tendências confirmadas após a Segunda Guerra Mundial e da discussão sobre o papel do direito, a Constituição e a distribuição do poder.

Se os legisladores são eleitos por maioria e os representantes são gerados a partir disso, pode-se dizer, então que as leis criadas a partir de um sistema democrático.

Nesse sentido:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que

são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros (BARROSO,2009, pág. 33).

Ocorre que, de fato, o excesso do Poder Judiciário, pode levar a essa invasão de função típica de outro órgão do Poder. Contudo, quando se propõe a análise do ativismo judicial, não se está a defender isso. Do contrário, o neoconstitucionalismo possibilita a atuação judicial necessária ao combate à omissão política que, neste caso, ocorre porque o Poder Legislativo muitas vezes não acompanha as rápidas transformações sociais.

Ainda, a atuação judicial sob o enfoque neoconstitucionalista tem utilizado princípios contidos na Constituição no momento da interpretação do dispositivo legal, possibilitando que a situação concreta receba tratamento justo pelo aplicador do Direito, como forma de pacificação social.

Contemporaneamente, a concretização de princípios relacionados a direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, têm sido valorizados não só pela comunidade jurídica, mas pela sociedade em geral. Vislumbra-se um valioso interesse social em temas ligados à dignidade da pessoa humana, fato que tem sido constantemente objeto de discussão no meio jurídico.

Neste ponto, cumpre ressaltar que o papel do Judiciário na seara neoconstitucionalista tem sobrelevado o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que interesses ligados a esse princípio têm sido cada vez mais observados pelos juízes na análise do caso concreto.

É possível estabelecer três parâmetros de justificativa da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário quando este necessita “construir” Direito para resolver o litígio demandado.

O primeiro parâmetro utiliza a justificativa de que democracia não se reduz à representatividade, muito mais do que isso, ela se traduz em uma a responsabilidade cívica. Tem por base a prestação de contas pelo representante ao representado, de forma que, no exercício da atividade representativa, tudo que for feito deve ser levado ao conhecimento do legítimo dono do Poder, o povo, que de instrumentos jurídicos e políticos existentes, poderá

fiscalizar e responsabilizar aqueles que gerem a coisa pública de maneira não republicana.

Nesse sentido, as decisões judiciais são obrigatoriamente públicas e fundamentada, podendo, inclusive, os Juízes e Tribunais serem responsabilizados por práticas contrárias às leis e à Constituição. É a visão de que a publicidade dos atos públicos legitimam democraticamente a atuação do Poder Judiciário.

O segundo parâmetro considera que o regime democrático, embora construído a partir da vontade da maioria, não se limita a ela, posto que, apesar da vontade da maioria prevalecer na condução dos assuntos públicos, as minorias também devem ser respeitadas e preservadas dentro de um jogo político em que, além dessas minorias poderem se tornar no futuro maioria, ainda têm ao seu dispor o Poder Judiciário como agente defensor da Constituição e proteção das minorias diante das miopias circunstanciais que oportunizam que as majorias possam atentar contra sua o próprio sistema constitucional.

Por fim, terceiro parâmetro considera o Poder Judiciário um representante da interpretação popular. Isso porque, à lei não se atribuiu somente o sentido de dizer, mas também, o de se explorar o que diz, em uma relação entre sujeito e objeto, em que ambos se misturam, mas não se confundem, sendo o resultado desta aproximação e distanciamento, a verdade, ainda que condicional, que se revela da experiência entre objeto e sujeito.

Esse movimento revela a vontade popular no momento da interpretação da lei frente ao tempo, aos fatos e as circunstâncias sociais, políticas, jurídicas, que subsistem durante toda sua vigência.

Dessa maneira, denota-se que a atuação judicial sob o enfoque neoconstitucionalista guarda profunda relação com o papel democrático que deve ser observado pelo Poder Judiciário, ainda mais quando se constata a necessidade de o Poder Judiciário acompanhar o dinamismo social.

Por fim, sobre a legitimidade dessa prática:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das majorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação (BARROSO, 2007,

págs. 244-245).

Ademais, tratando-se de Brasil, os direitos e garantias fundamentais se apresentam como direitos que estão determinados na Constituição Federal e inerentes à pessoa humana. Ademais, esses direitos ganham relevância com o passar do tempo, principalmente quando o contexto é o da defesa da dignidade humana. Apesar disso esses direitos podem sofrer colisão entre si. Tal situação conseqüentemente instiga um relevante importante debate doutrinário e jurisprudencial a respeito do ato de sopesar os direitos fundamentais e, ainda, da sua força dentro do ordenamento jurídico.

Ressalta-se, ainda, que a atual Constituição Federal de 1988 asseverou o princípio da dignidade humana não somente como um direito fundamental, mas, além disso, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o que se depreende do inciso III do art. 1º da Carta Magna, razão pela qual esse princípio deve se fazer presente em seus efeitos por todo o corpo da Constituição. Aponta-se, assim, o poder centralizador do sistema jurídico exercido pelo princípio da dignidade e, nesse sentido, esclarece que:

Assim, deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2014, pág. 539).

Assim, os direitos e garantias fundamentais, como a própria denominação já sugere, são direitos assegurados, na atualidade, a todos os seres humanos, visto que todos são considerados indivíduos de direito. Dessa maneira, o que se tem são as garantias postas ao longo do tempo, próprias dos indivíduos.

É possível observar que o Poder Judiciário tem garantido direitos fundamentais que não eram, costumeiramente, objeto de atenção por parte da comunidade jurídica. Tais direitos vinham previstos apenas formalmente, mas não eram concretamente efetivados. Coube ao Poder Judiciário dar o devido destaque para a questão, garantindo-os através de mecanismos de interpretação, sopesando interesses eventualmente discutidos na lide.

Nesse contexto, reforça-se o caráter democrático da atuação do Poder Judiciário concretizando direitos sob o enfoque neoconstitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O chamado ativismo judicial, no âmbito do neoconstitucionalismo cumpre importante papel na concretização de direitos.

O papel do Poder Judiciário está em consonância com o regime democrático, no sentido de que desvincula, quando necessário, a sua atuação do pragmatismo positivista e concretiza direitos a partir da dignidade humana.

Por óbvio que esse ativismo não pode ultrapassar a tênue linha entre uma atuação para concretização de direitos e o abuso descompassivo com a ordem jurídica.

E, embora a doutrina não seja pacífica quanto ao ativismo judicial, é inequívoco o entendimento de que essa atuação é uma escolha do magistrado que procura concretizar um valor normativo constitucional por meio de uma hermenêutica jurídica expansiva.

Por todo o exposto, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário dentro dos marcos do neoconstitucionalismo é válida e, acima de tudo, consonante com a ordem democrática vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In SARMENTO, Daniel, NETO, Cláudio

Pereira de Souza. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Juris Lumen, 2007.

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

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. A Razoabilidade na Dogmática Jurídica Contemporânea: Em Busca de um Mapa Semântico in: Leituras Complementares de Direito Constitucional - Teoria da Constituição. Salvador: 2009.

CALISSI, Jamile Gonçalves. O conteúdo jurídico-substancial da identidade étnico-cultural no sistema constitucional brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica, Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-Positivista. In MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Editora Juspodivum, 2020.

HART, H. L. A. O conceito de Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos/Flávia Piovesan. 7ª Ed – São Paulo:

Saraiva, 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In* NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acesso em 21/03/2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.