

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CLARISSA TASSINARI

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

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

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-686-4

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho “Constituição e Democracia I”, já era possível prever a “conversação multitemática” que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois (“Constituição e Democracia I e II”). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá “desbravar”

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PERCEPÇÃO DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

THE PERCEPTION OF THE BRAZILIAN SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM FROM THE CONSTITUTIONALISM

**Jair Silveira Cordeiro
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori**

Resumo

Busca-se compreender as características do neoconstitucionalismo e suas influências no sistema normativo brasileiro, especialmente o socioeducativo. Questiona-se como o neoconstitucionalismo manifesta-se no Brasil e como é garantido no sistema de direitos fundamentais o acesso à assistência jurídica de adolescentes com medidas privativas de liberdades. Com análise bibliográfica e documental constata-se influência direta do neoconstitucionalismo, pois plasmaram-se valores e princípios democráticos, a separação dos poderes, o respeito aos direitos humanos e fundamentais e o pluralismo político. Por outro lado, é preciso atentar a que ampliação na margem interpretativa do julgador possa em alguns casos levar a uma exacerbação de decisões discricionárias.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Medidas socioeducativas, Estatuto da criança e do adolescente, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

It aims to understand the characteristics of neo-constitutionalism and influences in the Brazilian normative system, especially the socio-educational. It's questioned how neoconstitutionalism works in Brazil and how it's guaranteed in the system of fundamental rights the access to the legal assistance of adolescents. A bibliographical and documentary analysis shows the influence of neoconstitutionalism, since democratic values, principles, the separation of powers, respect for human and fundamental rights and political pluralism are reflected. Bur, it's necessary attention to the fact that an increase in the interpretative margin of the judge may in some cases lead to an exacerbation of discretionary decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neo-constitutionalism, Educational measures, Child and adolescent statute, Human rights

1. INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo é resultado de um processo histórico vivido por diferentes países no mundo ocidental. Se até a Revolução francesa o direito se caracterizava por ser pulverizado e ter como fonte as tradições e os costumes das diferentes instituições do período: Igreja, Reinos e Corporações; com a Revolução francesa a lei passa a ser a principal fonte e o Estado o único ente a ter o monopólio da produção legal. O direito separa-se da moral e da justiça e o juiz passa a ser a “boca da lei”. Mais tarde, após o final da segunda guerra mundial, em meados do século XX, este paradigma do direito entra em crise, abrindo espaço para uma compreensão do direito baseada no constitucionalismo que se caracteriza por uma nova vinculação entre direitos e valores (moral), assentados nos preceitos democráticos e no respeito e na garantia dos direitos humanos e fundamentais, no qual juízes e Tribunais passam a ser os principais mediadores dos conflitos relativos à separação dos poderes, às regras democráticas e ao respeito aos direitos fundamentais.

A proposta do presente estudo é compreender as principais características do neoconstitucionalismo e seus impactos no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro. Duas questões orientam o estudo: como se manifesta a influência do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro e como é garantido no sistema normativo de direitos fundamentais aos adolescentes autores de atos infracionais no Brasil, o acesso à assistência jurídica durante a privação de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa. Para a concretização do objetivo utiliza-se a revisão bibliográfica e documental tendo como teoria de base algumas concepções de Salazar Ugarte (2015), Ferrajoli (2009), Prieto Sanchis (2009) e Alexy (2009) que identificam no neoconstitucionalismo um modelo de Estado constitucional de direito, pelo qual a legislação vigente deve ser interpretada à luz dos princípios democráticos, do respeito aos direitos fundamentais e humanos, da separação dos poderes e do pluralismo político e que tem no Tribunal constitucional o ente responsável pelo controle do mundo político e pela resolução dos conflitos relacionados aos direitos fundamentais. Na mesma trilha, o sistema legal infraconstitucional relativo ao direito dos adolescentes privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa, expresso pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), demonstra a adesão do ordenamento jurídico brasileiro aos princípios e valores do neoconstitucionalismo contemporâneo, uma vez, que tal legislação também expressa os princípios e os valores

democráticos e o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, garantindo ao adolescente, na perspectiva formal, o direito à assistência jurídica durante a internação.

O trabalho aqui apresentado está dividido da seguinte forma: primeiramente, realiza-se uma definição mínima sobre o conceito de Constituição. Em seguida, trabalha-se numa perspectiva histórica os diferentes tipos de constitucionalismo e de Estado de direito do mundo ocidental, desde a Idade Média até os dias atuais, dando ênfase ao neoconstitucionalismo contemporâneo. Por fim, são analisados os impactos do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro buscando-se verificar o quanto o direito à assistência jurídica dos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa e ter assistência jurídica é a expressão deste impacto.

2. AS CARACTERÍSTICAS DE UMA CONSTITUIÇÃO

A análise do constitucionalismo no mundo ocidental exige, como pressuposto básico, o entendimento sobre o que é uma Constituição. De forma abrangente, pode-se afirmar que o conceito de Constituição possui duas dimensões: uma política e outra jurídica. Trata-se de um pacto político entre as diferentes forças de uma sociedade que através da organização institucional e de poderes, estabelecem como o poder político é exercido em prol de todos ou da maioria. De acordo com Salazar Ugarte (2015), a Constituição é um marco normativo orientado para a organização dos poderes de um Estado.

Já para Stephan Holmes (1988), a Constituição é um instrumento limitador de poder, que ao mesmo tempo, cria e organiza as regras do seu funcionamento. Sendo assim, as Constituições estabelecem um rol de temas inatingíveis pelas decisões populares, como os direitos e garantias fundamentais, considerando que é necessário proteger o próprio processo da participação política. (CONSANI, 2014).

Uma Constituição não possui uma única forma e um único conteúdo, podendo ser ou não escrita e estabelecer diferentes formas de organização dos poderes. Além de poder ser escrita, ela também pode se basear nos costumes e nas tradições de uma determinada nação. Neste tocante, Jeremy Waldron (2009) recorda que o conceito da Constituição não pode ser definido apenas pelas restrições que este documento coloca ao governo e à política. O autor neozelandês considera, por exemplo, que nas Constituições escritas existem alguns aspectos que devem ser sobrepostos em detrimento de outros. Deste modo, as Constituições escritas reforçam entre os

juristas a teoria interpretativa, ao mesmo tempo em que encorajam um formalismo textual muito rígido, o que seria uma desvantagem. (WALDRON, 2009).

As Constituições escritas desempenham uma função importante na seara política, isto é, servem de base para as deliberações e deste modo, seu papel atua muito mais fortalecendo a política e o governo do que os restringindo. Para Salazar Ugarte (2015), a Constituição representa uma estreita ligação entre o poder e o direito, sendo a sua expressão normativa a organização dos poderes.

Uma Constituição pode ser entendida sob o ponto de vista formal e material. A dimensão formal é o produto do pacto político que plasmou as normas de convivência da coletividade em um Estado; a dimensão material é composta pelos atores e por seus comportamentos efetivos que definem o Estado. Na Modernidade o conceito de Constituição foi plasmado no artigo 16º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que estabeleceu que uma sociedade em que a garantia de direitos não está assegurada e a separação dos poderes não é definida, não possui uma Constituição. Neste ponto é importante recordar que a teoria política precursora da teoria jurídica do Constitucionalismo – cujo objeto são as Constituições modernas - foi o liberalismo político. (SALAZAR UGARTE, 2015).

A amplitude dos direitos reconhecidos nas Constituições é variável conforme as diferentes tradições sócio jurídicas das nações ocidentais. Algumas Constituições modernas estabelecem um catálogo mínimo de direitos fundamentais como: direito à liberdade de pensamento, à associação, reunião, entre outros, enquanto outras incorporam em seus catálogos os direitos políticos e sociais, como: votar e ser votado e direito ao trabalho, saúde, etc. Para Salazar Ugarte (2015), isso demonstra que as Constituições do Constitucionalismo moderno¹ estabelecem um catálogo de direitos humanos ou fundamentais, como previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Por outro lado, as Constituições modernas preveem diferentes formas de separação de poderes, embora fundamentadas nos mesmos princípios: da legalidade e imparcialidade. O fim principal desta separação é a não concentração de poder num único órgão de modo que se possa manter a liberdade das pessoas. Salazar Ugarte (2015) considera que o respeito a estes princípios é uma característica típica das Constituições modernas, pois, enquanto o princípio da

¹ De acordo com Luigi Ferrajoli, no segundo pós-guerra fica nítida a distinção entre constitucionalismo jurídico e político. “[...] o constitucionalismo ‘jurídico’ – ou, caso se prefira o ‘jusconstitucionalismo’ – designa um sistema jurídico e/ou teoria do direito, ambos ancorados na experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as constituições rígidas do segundo pós-guerra. Outra coisa é o constitucionalismo ‘político’ – moderno e, até mesmo, antigo – como prática e concepção dos poderes públicos voltados à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade”. (FERRAJOLI, 2012. p. 14).

legalidade exige que as autoridades atuem com base nas regras, o princípio da imparcialidade faz com que o Poder Judiciário atue como garantidor último da Constituição e da legalidade, respeitando a independência entre os poderes do estado.

Com uma teoria mais vanguardista, Waldron (2009, p. 279) explica que a constituição pode então ser definida como um mecanismo que confere poder ao povo ordinário em uma democracia e permite a ele controlar as fontes do direito e aproveitar o aparelho do governo para as suas aspirações. Para o autor as Constituições modernas têm, acima de tudo, o papel de salvaguardar a soberania popular, criando e fortalecendo condições para a prática democrática.

3. CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DE DIREITO

O transcurso dos séculos XIX e XX marcou a consolidação e a estruturação do Constitucionalismo através de diferentes modelos de Estado de direito. De acordo com Ferrajoli (2009), o Estado de direito pode ser designado como um ordenamento no qual os poderes públicos são estabelecidos por lei e exercidos conforme previsão legal e também como ordenamento jurídico, sujeitos à lei e vinculados a ela.

Numa perspectiva histórica pode-se dizer que o mundo ocidental da época pré-moderna até a contemporaneidade teve três tipos de sistemas jurídicos: o primeiro se enquadra do período medieval até a Revolução francesa e se caracteriza por ser um sistema jurídico de formação não legislativa e sim jurisprudencial, sem um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. Ferrajoli (2009) considera que este sistema jurídico é marcado pela pluralidade das fontes e dos ordenamentos que procedem de instituições diferentes, tais como: o Império, a Igreja, os Príncipes e as Corporações que não possuem o monopólio da produção jurídica.

Com a vitória política da burguesia na Revolução francesa, este grupo sócio-político dedicou-se a criar mecanismos jurídicos com vistas ao estabelecimento de um novo tipo de sociedade. Se na esfera social os princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade norteiam suas ações, no âmbito político e de poder, os princípios da legalidade e da imparcialidade prevalecem. Daí nasce o Estado legislativo de direito que tem como pressuposto básico o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido. O traço marcante desse sistema jurídico-político é que a norma jurídica é válida não por ser justa, mas por ter sido criada por uma autoridade legítima. Dá-se então a separação da noção de justiça e de direito, designando objetos diversos.

A mudança deste paradigma também afeta a epistemologia da ciência jurídica que passa a ter a lei como principal fonte. De acordo com Ferrajoli (2009), a ciência jurídica deixa de ser

uma ciência normativa e converte-se numa disciplina cognitiva que tem por função explicar seu objeto. O Estado legislativo de direito que emerge a partir deste modelo jurídico, se consolida durante o século XIX e perdura até a metade do século XX, na maior parte dos países ocidentais. Após a segunda guerra mundial se dá a ascensão do padrão democrático constitucional ou do Estado constitucional de direito que mantém as características do Estado legislativo de direito, agregando outros aspectos inovadores ao sistema jurídico ocidental. De acordo com Salazar Ugarte (2015), na base do modelo de Estado democrático constitucional está a noção da Constituição liberal presente no sistema jurídico anterior, ou seja, pretende-se limitar o poder político e distribuí-lo entre os cidadãos a partir da garantia efetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos que integram a coletividade política.

Tal mudança paradigmática produz outras transformações no sistema jurídico ocidental. A condição de validade das leis se altera e passa a se relacionar de forma subordinada às Constituições rígidas que são hierarquicamente superiores a elas. Ferrajoli (2009) recorda que a partir de então a validade das leis passa a depender não somente da forma de sua produção, mas também, da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. Na perspectiva epistemológica da ciência jurídica também há alterações, pois, a Constituição estabelece uma postura crítica e protetiva em relação aos objetos nela contidos. Como ressalta Ferrajoli (2009), no Estado constitucional de direito a Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também, impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo, relativas aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cujas violações geram lacunas que devem ser sanadas pela ciência jurídica.

Percebe-se, então, que o Constitucionalismo como um movimento não só jurídico, mas também social, cultural e político, surge a partir das Revoluções americana e francesa, no século XVIII. Diferente do Estado legislativo de direito, no Estado constitucional de direito, modifica-se o papel da jurisdição: o juiz somente poderá aplicar as leis constitucionalmente válidas, censurando como inválidas aquelas que ofenderem os princípios e as normas constitucionais. Para Ferrajoli (2009), tal mudança resulta para a jurisdição e a cultura jurídica, na assunção de uma função pragmática e de uma responsabilidade cívica caracterizada pela busca da superação das antinomias e das lacunas do sistema jurídico por meio das garantias existentes. Por fim, no Estado constitucional de direito deve prevalecer a subordinação da lei aos princípios constitucionais, o que dá um caráter substantivo às normas e também a democracia.

A relação entre o Constitucionalismo expresso no modelo de Estado constitucional de direito e a democracia é intensa. A garantia para que o sistema democrático funcione neste paradigma constitucional se dá pela existência de instrumentos de controle, de modo que

nenhum ente estatal possa ter mais poder que outro e que os direitos e garantias substanciais sejam efetivados. De acordo com Salazar Ugarte (2015), na democracia constitucional as ações e decisões das maiorias políticas são submetidas ao controle de constitucionalidade por parte de um Tribunal ou Corte constitucional. Esta Corte fica responsável por frear eventual usurpação de direitos pela maioria, situação essa que torna tensa a relação entre direitos fundamentais e democracia. Os direitos fundamentais, precondições e mesmo condições da democracia, funcionam ao mesmo tempo, como limitações ao poder democrático, visto constituírem sua dimensão substancial.

Para Robert Alexy (2009), os direitos fundamentais constituem o elemento essencial do sistema jurídico, ocupando uma posição central no ordenamento jurídico e apresentam um objeto jurídico que apesar de possuir uma grande indeterminação, apresenta força jurídica máxima. A posição central ocupada por estes direitos deve-se ao fato de estarem regulados nas Constituições, o que significa que toda norma jurídica que lhes infrinja é inconstitucional e nula; a máxima força jurídica relaciona-se à vinculação direta com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a possibilidade de o Tribunal constitucional aferir a constitucionalidade ou não de cada norma jurídica. Sobre o valor supremo dos direitos fundamentais, deve-se ao fato de ser o instituto normativo o que dá a estrutura básica a toda sociedade, estabelecendo quais os direitos pessoais, sociais e políticos que possuem maior valor numa dada comunidade. Por fim, o máximo grau de indeterminação está associado ao caráter extremamente sucinto e geral dos direitos fundamentais, o que faz com que eles existam na prática social a partir das interpretações dos Tribunais constitucionais.

Alexy (2009) também considera a tensão existente na relação entre direitos fundamentais e democracia majoritária. De um lado, o Estado constitucional de direito é profundamente democrático por assegurar e garantir os direitos à liberdade e à igualdade, dentre outros, bem como assegurar as condições do procedimento democrático mediante a proteção da liberdade de opinião, pensamento, imprensa, reunião e também os direitos do sufrágio e, de outro lado, é antidemocrático porque desconfia do processo democrático através do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, privando a maioria parlamentar legítima do poder de decisão. Diante de tal cenário, subsiste entre a linha tênue dos direitos fundamentais e a democracia, o controle de constitucionalidade pelo Tribunal constitucional que atua como órgão mediador entre a garantia de direitos e a não violação das regras e princípios democráticos.

Waldron (2009) explicita a tensão existente entre a Constituição e a democracia majoritária da seguinte maneira: no Constitucionalismo, a Constituição é definida a partir dos

verbos controlar, restringir e limitar. O controle não tem o sentido de reprimir, mas sim de direcionar, e deve ser efetivado pelo povo e por seus representantes que decidem as metas e diretrizes políticas da Constituição. O sentido da restrição – ao contrário do controle - é negativo, pois se trata de impedir o governo, por meio do texto constitucional, de adotar determinadas medidas consideradas como abuso, tais como a tortura ou a interferência religiosa. Já o termo limitação, está vinculado ao dizer o que é e o que o não é função do governo. Deste modo, o que entra em conflito com o paradigma democrático não é a Constituição em si, mas a forma como ela é definida. Se entendida como restrição, ela pode ser inconciliável com a democracia. Compreendida como fortalecedora ou criadora de condições, ela facilita a democracia. (CONSANI, 2014). Para Waldron (2009), a questão envolve a ênfase dada pelo Constitucionalismo moderno no aspecto restritivo da Constituição.

A compreensão do direito conhecida como neoconstitucionalismo² se caracteriza, de acordo com Prieto Sanchis (2009), a partir de três dimensões: uma, que encarna um certo tipo de Estado de direito e que estabelece a organização política de um nação; outra, como uma ideologia que justifica o modelo político- jurídico assim designado e, finalmente, a dimensão relacionada a teoria do direito que explica o modelo de Estado de direito. O autor dedica sua análise a primeira e a última dimensão, pois, evidenciam o próprio funcionamento do neoconstitucionalismo. Enquanto um tipo de Estado de direito, o neoconstitucionalismo é a convergência de duas tradições constitucionais. A primeira, oriunda da Revolução americana, concebe a Constituição como um conjunto das regras do jogo e estabelece a competência social e política que compõe um pacto de mínimos que permite assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos responsáveis pelos seus planos de vida privada e coletiva. A Constituição nesta tradição é a norma jurídica superior as demais e o controle das regras do jogo cabe ao órgão mais “neutro”, isto é, aquele que atua as margens do debate político: o Poder Judiciário. A outra tradição, oriunda da Revolução francesa, trata a

² Já para autores como Barroso, a denominação neoconstitucionalismo, designa uma série de mudanças ocorridas no Estado, bem como no direito constitucional que envolvem um profundo e amplo processo de constitucionalização do direito. Aqui são assinalados três grupos de transformações, a saber: na história, na filosofia e na teoria do direito. Historicamente, salienta-se a consolidação do Estado constitucional de direito no final do século passado. Na filosofia e na teoria do direito. Historicamente, salienta-se a consolidação do Estado constitucional de direito no final do século passado. Na filosofia do direito, a centralidade dos direitos fundamentais, a aproximação do direito aos valores consubstanciados nos princípios constitucionais, dá azo ao que se denomina muitas vezes de pós-positivismo. Já as considerações sobre aspectos teóricos do direito salientam a força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e o surgimento de uma dogmática diversa da interpretação constitucional. Teoria do direito. Sobre o tema ver BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-92

Constituição como um projeto político bem articulado que não se limita a fixar as regras do jogo mas, considera que ela pode participar diretamente no jogo, condicionando, com maior ou menor detalhe, as futuras decisões coletivas relativas ao modelo econômico, as ações do Estado na esfera da educação, da saúde, das relações de trabalho, etc. O Constitucionalismo nesta tradição, pode ser caracterizado como um legalismo, isto é, o poder político de cada momento se encarrega de fazer ou não o que está contido na Constituição.

Sendo assim, o neoconstitucionalismo representa a conjugação das tradições das Constituições garantistas e das Constituições normativas, estabelecendo como “nova” referência constitucional a normativa garantista. Isto significa que além de regular a organização do poder e as fontes do direito, também cristaliza de modo direto, direitos e obrigações imediatamente exigíveis. O Tribunal constitucional enquanto órgão responsável pela resolução e harmonização dos conflitos constitucionais passa a ser o guardião da fonte das fontes (norma suprema) dos direitos, das obrigações e do ordenamento político.

4. A TEORIA DO DIREITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Por outro lado, conforme Pietro Sanchis (2009), o neoconstitucionalismo também pode ser entendido como uma teoria do direito que exige um novo tipo de interpretação jurídica dos aplicadores do direito. O advento de uma nova teoria do direito está associado ao fato de que no neoconstitucionalismo a lei não é mais a única e suprema fonte do direito como era no modelo do Estado legislativo de direito. Ocorre uma mudança no paradigma do sistema jurídico ocidental: o sistema legalista/positivista cede lugar ao sistema normativo/principiológico. Conforme o jurista espanhol, cinco elementos caracterizam a teoria do direito neoconstitucionalista: maior força normativa dos princípios do que das regras; mais ponderação baseada na prevalência de um princípio sobre outro do que a subsunção da lei ao fato; a onipresença da Constituição em todos os ramos do direito; a onipresença judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e, a coexistência de uma constelação plural de valores em contraposição a homogeneidade ideológica em torno de alguns princípios concorrentes entre si e em torno das opções legislativas.

Logo, demonstra-se uma clara preocupação com a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados, ou seja, a concretização constitucional assume uma grande relevância. (WOLKMER, PETERS, MELLO, 2013). Esta teoria do direito reúne um expressivo conteúdo normativo, aliado a um sistema de garantia jurisdicional. De acordo com Carbonell (2013), o novo Constitucionalismo

traz uma Constituição de caráter transformador que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes.

Para tanto, muitas vezes a tarefa dos julgadores, tanto nas cortes inferiores quanto nas superiores, passa ser a de ponderar ou sopesar os princípios e definir qual deles deve ter maior prevalência sobre outro, no caso concreto. A ponderação torna-se o método para resolução de certos tipos de antinomias ou contradições normativas e é entendida, por Prieto Sanchis (2009), como a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos e contraditórios de uma questão e o equilíbrio entre o peso de duas coisas.

No neoconstitucionalismo os princípios também são denominados de diretrizes ou mandatos de otimização. O sistema normativo previsto na Constituição deve ser efetivado em graus variados, pois, a existência de conflito entre uma diretriz ou mandato de otimização é resolvida conforme a medida de cumprimento ou satisfação que resulta na exigência de efetivação de outro princípio. Com base nesta compreensão o sistema normativo pode conviver harmonicamente com direitos antagônicos como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, o direito à propriedade e a tutela ao meio ambiente e o direito à liberdade de manifestação e o direito a proteção à ordem pública.

No caso concreto, a ponderação se constitui em um método para auxílio na resolução do conflito entre princípios de mesma hierarquia e valor. Na trilha de Alexy, Prieto Sanchis (2009) coaduna-se com a noção de que para a resolução do conflito na aplicação do direito, quanto maior é a posição de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro e isto revela a exigência de proporcionalidade, isto é o estabelecimento de uma ordem de preferência de princípios relativos ao caso concreto.

A aplicação do direito com base na ponderação não significa dizer que a subsunção deva ser colocada na “lata do lixo” da história. A primeira é um método alternativo a segunda, contudo, não se trata de uma escolha feita pelo juiz, mas sim, métodos que são utilizados de forma concatenada para alcançar os objetivos e funções do Poder Judiciário. Os dois métodos interpretativos operam em fases distintas da aplicação do direito. Caso não exista um problema de princípios, o juiz se limita a subsumir o caso conforme previsto na lei, mas, se for o caso de utilização da ponderação, antes de ponderar, o juiz precisa subsumir e constatar que o caso está incluído no campo da aplicação dos princípios para, então, subsumir novamente a valoração de determinado princípio ao conflito do caso concreto. (PRIETO SANCHÍS, 2009).

A ponderação exige dos aplicadores do direito a realização de vários procedimentos que se dão em fases distintas. Para Prieto Sanchis (2009), a primeira fase diz respeito a verificação

de que há um fim constitucional presente no conflito entre princípios; a segunda, se refere a adequação da atitude ou idoneidade da medida, objeto de avaliação judicial em conexão com a proteção ou consecução da finalidade buscada; a terceira, vincula-se a necessidade ou não da medida em análise para constatar a existência ou não de outra menos gravosa ou restritiva ao direito pleiteado; por fim, a aplicação do direito se completa com a quarta fase, designada de juízo de proporcionalidade em sentido estrito, na qual se busca um equilíbrio entre os benefícios obtidos com a medida limitadora, a conduta de um particular com ordem de proteção de um bem constitucional ou mesmo, a consecução de um fim legítimo e os danos ou lesões que a medida ou conduta deriva para o exercício de um direito ou para a satisfação de outro bem ou valor. Isto configura o elemento essencial do método da ponderação: quanto maior é a afetação de uma conduta ou medida resultado de um princípio ou direito, maior é a necessidade de efetivar o princípio que deve prevalecer.

5. A PERCEPÇÃO DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

As transformações dos diferentes modelos de Constitucionalismo e de Estado de direito no mundo ocidental representam uma adaptação do sistema jurídico existente em cada nação às estruturas políticas, sociais, econômicas e culturais de cada momento histórico. O Brasil não ficou indiferente às transformações que deram origem ao neoconstitucionalismo, inicialmente ocorridas em alguns países europeus, como Alemanha, Itália e Portugal. Após mais de 20 anos de Constituição autoritária decorrente do golpe militar de 1964, a Constituição brasileira de 1988 adquire novos contornos baseados na separação dos poderes e no respeito aos valores democráticos, aos direitos humanos e fundamentais como sendo os pilares da nova matriz constitucional do Brasil.

A Constituição de 1988 se insere no paradigma do neoconstitucionalismo e no modelo do Estado constitucional de direito de forma principiológica e taxativa, veja-se o Estado democrático de direito (artigo 1º), o respeito ao princípio da dignidade humana (artigo 1º., inc. III) e aos direitos fundamentais (artigo 5º. e incisos), o pluralismo político (artigo 1º., inc. V) e a separação de poderes (título III, da organização do Estado, artigo 18º. ao 135) como elementos basilares. Prova disso é que o artigo 1º. da Constituição prevê que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e se

constitui num Estado democrático de direito que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. Entre os objetivos constitucionais destaca-se no artigo 3º., inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 5º., incisos I ao LXXVIII e parágrafos estabelecem um amplo rol de direitos fundamentais que fazem parte do sistema normativo brasileiro e o conectam aos direitos fundamentais também propugnados pelo neoconstitucionalismo. Configura-se como mandamento constitucional a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais ali contidos. O *caput* do artigo dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade. É isso que permite compreender que crianças e adolescentes devem ser entendidos como sujeitos de direitos, assim como os adultos e é esse dispositivo que nos permite considerar que tanto o adulto quanto o adolescente privado de liberdade decorrente de uma sanção estatal possuem o direito à assistência jurídica, como previsto no inciso LXII do referido artigo, o que preserva o direito fundamental deste adolescente, como proposto pelo neoconstitucionalismo.

A assistência jurídica deve ser compreendida num quadro maior relacionado ao acesso à justiça. Em especial, os direitos dos jovens submetidos à medidas socioeducativas se dão em um cenário em que as camadas sociais subalternizadas no sistema capitalista – das quais fazem parte – precisam enfrentar inúmeros obstáculos de natureza sócio-cultural. Neste ponto se recorda as lições de Boaventura de Sousa Santos, com base em Mondaíni:

As classes sociais mais empobrecidas, via de regra, conhecem menos os seus direitos, em função do seu baixo nível de escolaridade, e, ainda que tenham consciência da sua existência, não levam a cabo uma ação judicial: a) devido às desagradáveis experiências jurídicas anteriores; b) por medo de represálias daqueles que possuem mais poder; e c) devido à alienação físico-geográfica em relação aos escritórios de advocacia e às sedes dos tribunais de justiça. (2016, p. 12)

A assistência jurídica, assim como o acesso à justiça não é um direito humano específico e sim, um meio necessário para a efetivação dos direitos humanos dos que se encontram em “situação hipossuficiente dentro da ordem societária contemporânea, ou seja, o acesso democratizado à justiça é a condição *sine qua non* para a afirmação concreta dos direitos humanos de indivíduos pertencentes aos grupos sociais subalternizados dentro do atual estado das coisas.” (MONDAINI, 2016, p. 17).

Uma das características do neoconstitucionalismo é o fato das Constituições serem um pólo irradiador do direito e de nortear a aplicação e a interpretação normativa nos diferentes

ramos do direito. No Brasil tal fenômeno também acontece e se revela, por exemplo, na legislação infraconstitucional (ECA e SINASE) na seara dos direitos e garantias dos adolescentes autores de atos infracionais privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa.

Os jovens tem o direito constitucional, expresso no artigo 5º., inciso LXIII, de ter assistência jurídica quando presos/privados de liberdade, assim como os adultos. No caso dos adolescentes este direito está previsto no artigo 124, inciso III, do ECA (Lei n. 8.069/90) e no artigo 49, inciso I, do SINASE garantindo ao adolescente o direito fundamental de ser acompanhado por um defensor em qualquer fase do processo administrativo e judicial. Cabe destacar, que a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira coaduna-se com a legislação internacional (Resoluções da Organização das Nações Unidas) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, item 15.1, que prevê que os adolescentes autores de atos infracionais tem o direito de serem assistidos juridicamente por um defensor ao longo de todo o processo penal socioeducativo. No caso da Lei que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE, Lei n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012), a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes fez com que o legislador infraconstitucional em momento algum mencione o tema da “imputação ou responsabilidade penal”.

O Estatuto compreende que a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei penal, ao desaprovar a conduta infracional (v. art. 1º. da Lei do Sinase), é incidir positivamente na sua formação, servindo-lhe, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade. Pretendem, pois tais medidas, educar para a vida social. (VERONESE, 2016, p. 67-8).

A inserção dos princípios e valores vinculados à dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos fundamentais demonstra o impacto do neoconstitucionalismo contemporâneo no sistema jurídico infraconstitucional brasileiro. Neste sentido, o ECA promulgado em outubro de 1990, revogou o antigo “Código de Menores”. Pela perspectiva minorista, a criança e o adolescente eram objetos de uma verdadeira “ideologia tutelar”³. Veronese considera que, apesar do Código de 1979 ter significado um avanço em relação ao Código de 1927, nos processos envolvendo crianças e adolescentes, apresentava características inquisitoriais. Apesar da Constituição de então (1967), garantir ao menor a ampla defesa, o Código de 1979 não previa o contraditório.

³ “Na realidade tal tutela pode ser entendida como culturalmente inferiorizadora, pois implica o resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros como a história registrou ter ocorrido e ainda ocorrer com mulheres, índios e outros.” (VERONESE, 2016, p. 63).

Outro fato que pode ser colocado como exemplo dessa distorção era a existência para os menores de 18 anos da ‘prisão cautelar’, uma vez que o menor, ao qual se atribuía a autoria de infração penal, podia ser detido para fins de verificação, o que significava uma verdadeira afronta aos direitos da criança, na medida em que para o adulto, a prisão preventiva só poderia ser aplicada em dois casos: flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente – art. 5º, LXI, da CF. (VERONESE, 2016, p. 55-56)

O ECA trouxe para esta seara jurídica um conjunto de normas e princípios baseados na “doutrina da proteção integral”, pela qual os adolescentes autores de atos infracionais reputados como “sujeitos de direito” e “pessoas em condições peculiar de desenvolvimento”, detentores dos direitos fundamentais cujas ações de todos: sociedade, família e Estado devem ser norteadas pelo princípio do superior interesse do adolescente, o que significa que as suas necessidades e demandas devem ser satisfeitas prioritariamente. O significado desta mudança leva a compreensão dos adolescentes e crianças “como sujeitos, cujas autonomias estão se desenvolvendo, elevando-os a autores da própria história, enquanto atores sociais. “ (VERONESE, 2016, p.52).

Também é importante mencionar que o ECA estabelece a possibilidade de que os novos direitos da criança e do adolescente sejam demandados diretamente em juízo e nisso está de acordo com a o processo constitucional.

[...] ao se preocupar com o tema do acesso à Justiça, o Estatuto da Criança e do Adolescente considerou importantíssimo o fato de que a garantia desse acesso se constitui num dos mais elementares direitos, pois a sociedade pouco a pouco passou a compreender que não mais é suficiente que o ordenamento jurídico contemple direitos; antes é imprescindível que estes sejam efetivados, sendo que a propositura em juízo é, portanto, um dos mecanismos que visam à sua aplicação. (VERONESE, 2016, p. 64-5)

Segundo Saraiva (2005), o ECA ao tratar a questão da infância em situação de risco social e pessoal e dos adolescentes infratores não mais como objetos da intervenção estatal, como previsto na legislação anterior, mas como “sujeitos de direito” e “pessoas em situação peculiar de desenvolvimento” a partir da “doutrina da proteção integral” objetiva atender tal população com base nos direitos fundamentais e humanos. Com vistas a este objetivo, ele se estrutura em três sistemas de garantias: o sistema primário que dá conta das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente, o sistema secundário que trata das medidas de proteção dirigidas às crianças e adolescentes em situação de risco social ou pessoal e o sistema terciário que trata das medidas socioeducativas que são aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais.

É assim que ao regulamentar o texto constitucional, o ECA cumpriu o importante papel de “vivificar” a Constituição, eis que a mera presença de normas que estabeleçam direitos sociais é incapaz “de modificar as estruturas”. É preciso aliar aos direitos, políticas públicas eficazes, capazes de garantir a materialidade dos direitos positivados. (VERONESE, 2016, p. 63)

Também o neoconstitucionalismo impacta na interpretação e aplicação do direito penal juvenil pelos operadores do direito. Isso acontece porque o sistema normativo brasileiro socioeducativo é influenciado por princípios e valores, tais como o “superior interesse do adolescente”, que se vinculam ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos fundamentais. Com isto, pode ocorrer uma ampliação na margem interpretativa do julgador o que em alguns casos pode deixar evidenciar uma exacerbação de decisões discricionárias. Neste sentido, o estudo realizado por Sérgio Fusquine Gonçalves (2006) ao analisar algumas sentenças judiciais sobre a internação ou não de adolescentes acusados da prática de atos infracionais, mostra como a última situação pode se dar. Verificou-se que a utilização do princípio do melhor interesse do adolescente tem se dado de forma recorrente para justificar a privação de liberdade mesmo em casos em que tal medida não é a mais adequada. O que Gonçalves (2006) denuncia é que a medida de internação tem sido decretada ao adolescente que comete um delito leve - como é o caso da agressão corporal leve - sob a justificativa de que tal adolescente além de ter cometido o ato infracional também possui uma família desestruturada. Estas decisões contrariam, expressamente, a previsão legal do artigo 121 do ECA, que prevê que a prescrição da medida socioeducativa de internação somente pode ocorrer quando sancionar os delitos mais graves contra a pessoa, devendo o princípio da proporcionalidade da punição à lesão cometida ser respeitado, o que determina que a internação deva ser a última medida a ser cominada. Além disso, a situação familiar do adolescente não está prevista como fator de privação de liberdade, mas sim, de medidas protetivas que possam auxiliar o adolescente a resgatar seus vínculos familiares e sociais.

Gonçalves (2006) também constata que alguns juízes têm aplicado a medida de privação de liberdade a adolescentes portadores de doenças mentais que cometem atos infracionais. Tais decisões também contrariam o disposto no Código Penal brasileiro e no ECA que proíbem a aplicação de pena aos adultos, bem como medidas socioeducativas a jovens, no caso de portadores de doença mental, uma vez que a capacidade sancionatória do Estado aos sujeitos pressupõe a consciência e a sanidade mental destes sob os atos que realizam, o que não ocorre no caso.

Sendo assim, anota-se aqui o risco de que o impacto do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro no que concerne aos direitos dos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa, ocorra apenas de modo superficial, eis que em muitos casos os valores, os princípios, as diretrizes e a forma de interpretação e de aplicação do direito, típicos do antigo sistema jurídico ainda prevaleçam em detrimento daqueles incorporados pela Constituição Federal de 1988.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo hegemônico na maior parte dos países do mundo ocidental é resultado de um processo histórico em que diferentes sistemas jurídicos foram sendo experimentados e acabaram por deixar marcas na cultura do direito. Se durante a Idade Média prevaleceu um sistema jurídico marcado pela pulverização institucional das formas de fazer e de dizer o que é o direito e uma jurisprudência decorrente unicamente dos costumes e tradições, após a Revolução francesa o sistema jurídico passa a ter um núcleo único de produção e interpretação do direito oficial: o Estado legislativo de direito. Este Estado passa a positivizar o direito na lei e tem na figura do juiz o responsável por dizer o direito conforme o que a lei diz. Se antes direito e justiça/moral eram coisas únicas, a partir de então, passam a ser coisas separadas. Em meados do século XX, o sistema jurídico ocidental passa por outra transformação caracterizada pela volta da inserção de princípios e valores no direito positivo, por meio do reconhecimento dos valores democráticos e dos princípios ligados ao respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Atualmente, no neoconstitucionalismo, o juiz e os Tribunais deixam de ser a “boca da lei” e passam a ser os intérpretes autorizados da Constituição, necessitando ponderar a maior ou menor incidência dos princípios normativos aos casos concretos e decidir qual deles deve ter preponderância sobre o outro.

Este estudo teve como objetivo compreender quais as principais características do neoconstitucionalismo e seus impactos no sistema normativo brasileiro, em especial nas normas relacionadas às medidas socioeducativas a que os jovens estão submetidos. Para tanto, duas questões orientaram o trabalho: como se manifesta a influência do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro? E como é garantido no sistema normativo de direitos fundamentais dos adolescentes autores de atos infracionais brasileiro, o acesso à assistência jurídica durante a privação de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa?

A análise bibliográfica e documental permitiu concluir que o impacto do neoconstitucionalismo no sistema jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro é amplo e intenso, uma vez que a Constituição Federal de 1988 incorporou elementos basilares dos valores e princípios democráticos, a separação de poderes, o respeito à dignidade das pessoas humana e aos direitos fundamentais e o pluralismo político oriundos do neoconstitucionalismo. Tais elementos uma vez inseridos na Constituição brasileira passam a ser um polo irradiador para todos os ramos do direito, inclusive os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, o ECA e o SINASE enquanto legislação infraconstitucional, também plasmaram os mesmos princípios do neoconstitucionalismo em seu conteúdo legislativo, expressando direitos, garantias e deveres aos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medidas socioeducativas vinculados ao respeito a sua dignidade de pessoa humana e aos seus direitos fundamentais como “sujeitos de direitos” que devem ter “proteção integral” por serem sujeitos em “situação peculiar de desenvolvimento”, o que lhes garante na esfera do direito processual socioeducativo, o direito a terem respeitado o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a assistência jurídica ao longo de toda sua vinculação com este micro sistema jurídico. Todavia, há que ressaltar o risco de que em alguns casos, a ampliação da margem interpretativa por parte do julgador possa em muitas situações levar a sejam acentuadas as decisões discricionárias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-92.

BRASIL. Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

_____. Lei n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - Sinase).

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**. UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade In: _____; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Passado y futuro del estado de derecho. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

GONÇALVES, Sérgio Fusquine. **O melhor interesse como critério de decisão na justiça da infância e da juventude: uma análise normativa**. Monografia de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Porto Alegre, 2006.

HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (orgs.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

MONDAINI, Marco. Verbete “Acesso à Justiça”. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (orgs.). **Enciclopédia Latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis; Nova Harmonia, 2016, p. 11- 17

PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral- uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SALAZAR UGARTE, P. Sobre el concepto de constitución. In: ZAMORA, Jorge; FABRA, Luis; SPECTOR, Ezequiel (orgs.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: CHRISTIANO, T; CHRISTAMAN, J. (orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009,

VERONESE, Josiane Petry. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (orgs.). **Os “Novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51-72.

WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.