

**XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI GOIÂNIA – GO**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

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 – Santa Catarina

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 - Unicuriçitiba – 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/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilaqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensus, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

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, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

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. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerston Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestradas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissivo diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

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

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

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.

NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO

NEOCONSTITUTIONALISM: THE DEMOCRATIC RISKS OF THE IDEOLOGY THAT HAS DOMINATED BRAZILIAN LAW

Raineri Ramos Ramalho de Castro ¹

Resumo

Apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, concluiu-se que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, conseqüentemente fragilizando a democracia.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Democracia, Direitos fundamentais, Separação de poderes, Constitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Despite dominating the Brazilian legal culture, it is not known exactly what neoconstitutionalism is or what changes it brings to the democratic state. By studying the teachings of different neoconstitutionalist authors, analysing their conceptions and comparing them with traditional constitutionalist positions, it was concluded that neoconstitutionalism is nothing more than an ideology that stimulates immense judicial activism with the justification of protecting fundamental rights. What neoconstitutionalism really does, however, is undermine the separation of powers, promote juristocracy and severely diminish the constitutional protections designed to ensure the enjoyment of fundamental rights, consequently weakening democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Democracy, Fundamental rights, Separation of powers, Constitutionalism

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa; Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM

1 INTRODUÇÃO

Surgido no final dos anos 1990, o neoconstitucionalismo seria uma nova forma de enxergar a Constituição. Adotada por autores que ganharam destaque em seus países, esta concepção defenderia a supremacia dos direitos fundamentais e a maior atuação do Poder Judiciário para garanti-los, sendo vista por alguns como a única capaz de garantir o alcance dos objetivos constitucionais.

A concepção ganhou destaque em países como Espanha, Itália, Colômbia, México e Brasil. Em todos, levantou discussões acerca de excessos do Judiciário, espaço de atuação dos Poderes do Estado, força normativa dos direitos fundamentais e renovou os debates acerca do papel da Constituição na vida política do Estado.

Especificamente no Brasil, o neoconstitucionalismo se tornou a principal concepção jurídica, vista como responsável pela modificação do processo de tomada de decisões do Judiciário – que passou a se reconhecer como legitimado para resolver questões historicamente decididas na esfera política. Logo, a concepção é vista como responsável pelo elevado ativismo judicial no país.

No entanto, apesar da repercussão que causou na doutrina e na jurisprudência dos países no qual atingiu certa proeminência, é difícil entender o que, de fato, é o neoconstitucionalismo.

São diversos os autores que se identificam ou que são identificados como neoconstitucionalistas, mas não há fortes pontos de concordância entre as suas concepções acerca da Constituição. Alguns defendem maior deferência às decisões do legislador, outros defendem absoluto controle (inclusive ativo) das decisões políticas que afetem direitos fundamentais pelo Poder Judiciário; em relação aos direitos sociais, alguns defendem que o Judiciário apenas deve intervir para garantir o mínimo existencial, outros defendem atuação alargada e garantidora de máximos. Em relação ao sistema constitucional como um todo, vários neoconstitucionalistas seguem entendimentos semelhantes aos dos constitucionalistas clássicos, enquanto outros se afastam, em maior ou menor grau, do constitucionalismo clássico.

Portanto, por causa da importância que lhe é dada no Brasil apesar dessas contradições, é necessário investigar o que de fato é o neoconstitucionalismo, quais são seus fundamentos teóricos e que mudanças – se alguma – efetivamente trouxe para o Direito, para a democracia e para a proteção dos direitos fundamentais.

Para alcançar esse objetivo, diversos autores que se identificam como neoconstitucionalistas foram estudados. Existem centenas de autores que se identificam com a corrente, pelo que foram selecionados aqueles que expõem seus entendimentos de forma mais

ampla e detalhada, em oposição àqueles que somente estudam pontos específicos ou que apenas repetem os posicionamentos de outros autores. Como era de se esperar, a maioria dos doutrinadores selecionados é brasileira, tendo em vista o foco da pesquisa no país.

Após expor as diferentes posições acerca do neoconstitucionalismo, as contradições ou semelhanças entre seus autores serão analisadas, o que será seguido por uma comparação entre as características principais dessa suposta nova abordagem e os posicionamentos dos constitucionalistas tradicionais, para que no fim se entenda o que é realmente o neoconstitucionalismo e o que ele representa para o Estado Democrático de Direito.

2 Neoconstitucionalismo: em busca de um significado

Como dito, o neoconstitucionalismo não é um fenômeno presente a nível mundial e nem mesmo na maior parte das democracias ocidentais, estando presente especialmente em Espanha, Itália, Argentina, Brasil, Colômbia e México, sem grandes expoentes ou menções em outros ordenamentos. Portanto, os autores selecionados foram Luis Prieto Sanchís (Espanha), Paolo Comanducci (Itália), Miguel Carbonell (México) e os brasileiros Luís Roberto Barroso, Walber de Moura Agra, Daniel Sarmiento e Ana Paula de Barcellos.

Luis Prieto Sanchís (in CARBONELL (ed.), 2007, pp. 214-217) entende que garantir a Constituição significa confiar sua proteção ou efetividade aos juízes, o que é uma consequência do modelo dirigente da Constituição, que diz muito ao legislador e pouco aos juízes. Estes, em razão do alto grau de indeterminação das normas constitucionais e a adoção de valores, princípios e direitos pela Constituição, veem o seu espaço de discricionariedade ampliado ao infinito.

Para o autor, embora a Constituição aja como limite, garantia e como norma diretiva fundamental, prevendo direitos que são normas supremas e vinculantes, que “impregnam” todo o processo de interpretação e aplicação do Direito (ibidem, pp. 214-216), havendo verdadeira onipresença da Constituição (SANCHÍS in CARBONELL (ed.), 2009, p. 131), esta não representa “a decisão categórica de um grupo ou ideologia”, pois, na verdade, apenas prevê direitos sem delimitar a resolução dos conflitos entre eles que serão originados, havendo, então, uma pluralidade de “mundos constitucionais possíveis”, utilizando-se das palavras de Zagrebelszky (SANCHÍS in CARBONELL (ed.), 2007, p. 218).

Assim, o autor entende que a nova teoria do Direito poderia ser resumida em cinco epígrafes: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no

lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas escolhas legislativas” (SANCHÍS in CARBONELL (ed.), 2009, pp. 131-132).

Paolo Comanducci (in CARBONELL (ed.), 2009, p. 83) também entende que a Constituição neoconstitucionalista é “invasora”, está carregada de direitos fundamentais, princípios e regras e demanda a utilização de regras de interpretação e de aplicação diferentes das utilizadas para as leis. Esta Constituição, ainda, coloca a garantia dos direitos fundamentais em primeiro lugar, enquanto a limitação do poder fica relegada para segundo plano, pois o poder estatal não seria mais visto com temor nos ordenamentos democráticos contemporâneos (ibidem, p. 85).

Miguel Carbonell, expondo que o neoconstitucionalismo “pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial e sobretudo a partir dos anos setenta”, entende que esses textos requerem do juiz constitucional a utilização de técnicas interpretativas novas e mais complexas (in CARBONELL; JARAMILLO, 2010, p. 154). Isto tem como origem o fato de estarem constitucionalizados valores dos quais devem ser extraídos conteúdos jurídicos, a fim de que possam ser aplicados ao caso concreto. Esta nova Constituição é “invasora”, gera uma “explosão da atividade judicial e comporta ou requer certo grau de ativismo judicial” (ibidem, p. 155).

Este novo modelo adota constituições rígidas, garantidas judicialmente, com força vinculante e que podem ser sobreinterpretadas, isto é, podem ser extraídas do texto constitucional diversas normas implícitas que não estão necessariamente previstas expressamente (ibidem, pp. 159-160). As normas constitucionais, ainda, podem ser interpretadas diretamente, não exigindo intervenção legislativa, orientam a interpretação das leis e influenciam as relações políticas, inclusive garantindo ao Judiciário espaço livre de atuação, sem atitudes de autocontenção (ibidem, pp. 161-162).

No Brasil, os posicionamentos neoconstitucionalistas são mais diversos que internacionalmente.

Certamente o maior neoconstitucionalista brasileiro, Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, está intrinsecamente ligado a esta concepção, não havendo como mencionar um sem ao menos lembrar do outro.

Luís Roberto Barroso segue posicionamentos em alguns pontos semelhantes aos mencionados acima: entende pela normatividade plena da Constituição (BARROSO, 2013, p.

29), pela aplicação direta de suas normas, que pode ser garantida pelo Judiciário em caso de omissão dos demais poderes (ibidem, p. 84), e reconhece a irradiação do conteúdo material e axiológico da Constituição para todos os ramos do Direito (ibidem, p. 201).

O autor entende que a Constituição é um sistema aberto de princípios e regras que possui como principal característica a realização da justiça e a garantia dos direitos fundamentais, sofrendo influência de valores jurídicos suprapositivos (ibidem, p. 123), pelo que é necessário reconhecer a conexão entre o Direito, a filosofia moral e a filosofia política (ibidem, p. 31).

Embora reconheça a positivação de alguns valores e a sua consequente força normativa (ibidem, p. 122), entende que existem valores compartilhados por toda a comunidade que integram o sistema jurídico mesmo que não estejam positivados (ibidem, p. 131). Em sentido contrário, afirma que as normas jurídicas em geral não possuem um “sentido único, objetivo, válido para todas as situações” (ibidem, p. 142), pelo que o Estado estaria obrigado a respeitar as diferentes concepções morais encontradas na sociedade (ibidem, p. 261).

Quanto aos poderes do Judiciário nesse novo contexto constitucional, o autor entende que o Judiciário pode invalidar atos do Legislativo que sejam contrários à Constituição, declarar a inconstitucionalidade por omissão e determinar a interpretação conforme a Constituição de normas legais, mas não pode substituir os atos legislativos por atos de vontade própria, pois estaria ultrapassando os limites de sua atuação (ibidem, p. 213).

De acordo com Barroso, caberia ao Judiciário promover os valores constitucionais e resguardar o processo democrático, inclusive em caso de omissão dos demais poderes, mas sem descaracterizar a sua função através do exercício de preferências políticas (ibidem, p. 233). Entretanto, esta atuação só se justifica quando estiverem em jogo direitos fundamentais e procedimentos democráticos, pois nos outros casos o Judiciário deverá ser deferente às escolhas políticas dos demais Poderes (ibidem, pp. 251-252). Assim, conquanto o autor entenda que o neoconstitucionalismo está ligado à ascensão do Judiciário (ibidem, p. 29) e defenda a superação do formalismo jurídico em razão da incompletude do Direito (ibidem, p. 35), sustenta que o processo criativo do Direito pelo juiz deve se limitar pelas normas jurídicas e pelos valores comunitários, não sendo um processo livre e arbitrário (ibidem, p. 257).

Em relação ao ativismo judicial, o autor entende que este é consequência da “escassez de boa política”, defendendo que, “enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas

ordinárias” (ibidem, p. 42). Sua concepção, portanto, é bastante influenciada por questões factuais, e não por fundamentos restritamente técnico-jurídicos.

Já Daniel Sarmento¹ entende que todos os princípios jurídicos possuem força normativa, inclusive aqueles “revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social” (SARMENTO in FELLET et al., 2013, p. 81). Embora o autor afirme que isto pode levar a uma reaproximação entre Direito e Moral, reconhece que este tema não é unificado na doutrina neoconstitucionalista (ibidem, p. 83) – mas entende, pessoalmente, que deve haver conexão entre o Direito e as “exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo” (ibidem, p. 112).

De acordo com o autor, o neoconstitucionalismo rejeita o formalismo e recorre a métodos de raciocínio jurídico mais abertos, como a ponderação, a tópica e as teorias da argumentação (ibidem, p. 73). Além disso, observa que as normas e valores constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, influenciariam todo o ordenamento, havendo uma “constitucionalização do Direito” (ibidem, p. 73). A política e as relações sociais, ainda, passariam por um processo de judicialização, que elevaria o Poder Judiciário em prejuízo dos Poderes Executivo e Legislativo (ibidem, p. 74). Esse deslocamento de poder para o Judiciário e a conseqüente reconfiguração da separação dos poderes resultam na adoção de “teorias democráticas mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos”, haja vista a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, “sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência” (ibidem, pp. 80-81).

Apesar disso, entende que a Constituição não tomou todas as decisões políticas e que deve ser garantida a liberdade de conformação do legislador, essencial ao Estado Democrático de Direito (ibidem, p. 111), e que em alguns casos “pode ser mais recomendável uma postura de auto-contenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação” (ibidem, p. 74). Ademais, entende que a própria aplicação dos princípios constitucionais deve se dar de forma “racional e fundamentada”, devendo-se “adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo

¹ O autor se aceita como neoconstitucionalista apenas se for seguida uma concepção moderada, apresentando críticas, a serem mencionadas, sobre correntes mais extremadas.

envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete” de demonstrar a correção de sua decisão (ibidem, p. 106).

Por fim, entendeu-se por bem mencionar os entendimentos de Walber de Moura Agra que, mesmo não possuindo o mesmo renome dos autores anteriormente mencionados, defende posicionamentos que representam um extremo neoconstitucionalista. O autor, que reconhece a ausência de conceito preciso para o neoconstitucionalismo, entende que o modelo de supremacia parlamentar entrou em falência (AGRA in DIMOULIS; DUARTE (coord.), 2008, p. 435). Aliando este a outros fatores (influência da globalização, pós-modernidade, superação do positivismo clássico, centralidade dos direitos fundamentais, diferenciação qualitativa entre princípios e regras e revalorização do Direito), Agra defende que o aplicador do Direito não pode ficar limitado ao texto legal, devendo “estabelecer o contato dialético com a realidade”, pois o texto é apenas um “*standard* determinante para a aplicação da norma”, podendo o aplicador utilizar-se de elementos metajurídicos em sua atividade (ibidem, pp. 435-436). Nesse sentido, o ativismo judicial é justificável quando estiver em jogo a realização de direitos fundamentais, objetivo principal do neoconstitucionalismo, pois a doutrina clássica da separação dos poderes tornou-se “um estorvo para a concretização dos direitos fundamentais” (ibidem, p. 436).

O autor entende que a Constituição Dirigente teria proporcionado um “aumento na tutela jurisdicional dos conflitos sociais”, adotando em países periféricos como o Brasil “a função de realizar as ‘promessas da modernidade’, que até agora não se tornaram realidade para parcela significativa da população” (ibidem, p. 439). Por esse motivo, a Constituição deverá servir de “marco referencial para a estruturação da organização política”, o que seria possível através da extração do valor axiológico invariável das normas constitucionais. O Direito é “remoralizado”, passando a utilizar parâmetros de justiça em sua aplicação (ibidem, p. 440).

A complexidade das sociedades atuais e a difícil função que o Direito possui nesta realidade leva à conclusão mais extremada apresentada por Walber de Moura Agra. O professor entende que “o caráter científico da Ciência Jurídica cede espaço a sua finalidade teleológica”, limitando-se o sentido descritivo do Direito para dar espaço a “normas de sentido deontológico para a estruturação da sociedade” (ibidem, p. 437).

Esta concepção de neoconstitucionalismo é, certamente, a mais intensa, pois além de desqualificar a separação de Poderes e reduzir demasiadamente o espaço do Legislativo, afasta do Direito o seu caráter científico, conclusão que, nesta pesquisa, não foi observada em outro autor. Mas as considerações acerca deste e dos outros entendimentos neoconstitucionalistas serão elaboradas com mais detalhes a seguir.

3 Comparando as concepções neoconstitucionalistas e expondo suas inadequações científicas

Como pode ser extraído da exposição acima, as concepções acerca do neoconstitucionalismo são diversas, havendo profunda divergência entre os autores da corrente acerca de questões básicas como separação de poderes, papel do Judiciário e a própria configuração da Ciência Jurídica.

Nem mesmo as concepções que poderiam, de alguma forma, diferenciar o neoconstitucionalismo da teoria constitucionalista clássica são unanimidade na doutrina que se identifica como neoconstitucionalista – sendo os posicionamentos de algum(ns) autor(es), por diversas vezes, expressamente rejeitado por outro(s).

Sanchís e Barroso entendem que não há uma vontade constituinte geral, mas sim uma proteção à multiplicidade de valores existentes no seio da sociedade. Este entendimento, bastante relevante para a interpretação constitucional desenvolvida pelos autores, desencontra-se da concepção de Walber de Moura Agra, segundo o qual as normas constitucionais possuem um conteúdo axiológico a ser seguido por todos.

Da mesma forma, Barroso entende que o Judiciário não pode criar normas para concretização dos direitos fundamentais, mas apenas declarar inconstitucionais aquelas que assim o forem, defendendo uma certa autocontenção do Poder. Isto é o oposto do que entendem Miguel Carbonell e Ana Paula de Barcellos: o primeiro entende que o Judiciário não pode se autoconter, enquanto a segunda entende que, em casos extremos, o Judiciário pode criar normas jurídicas.

No mesmo sentido, talvez uma das concepções mais associadas ao neoconstitucionalismo, mas que representa grande divergência entre seus defensores, é a conexão entre Direito e Moral.

Quase todos os autores mencionados entendem que o Direito deve estar conectado a valores morais, mas o grau em que isto deve ocorrer diverge entre os autores, com alguns entendendo que deve haver uma conexão completa, enquanto outros defendem uma relação mais tímida.

Em sentido diametralmente oposto, Comanducci entende que qualquer tentativa de conexão entre Direito e Moral está fadada ao fracasso, já que os valores morais são inerentemente subjetivos e não podem ser apreendidos por um juiz durante a tomada de decisões (in CARBONELL, 2009, pp. 96-97).

Susanna Pozzolo, a criadora do termo neoconstitucionalismo – embora não mais se identifique com a corrente –, expõe de forma ampla e fundamentada os prejuízos oriundos da aplicação de valores morais no Direito, especialmente em razão da impossibilidade de fixar um conceito para Moral (POZZOLO, 2009, p. 196).

Expondo que a moral pode ser de quatro tipos (individual, positiva, combinada e universal), a autora demonstra que não há critério que justifique a adoção de qualquer um deles, além de suscitar a impossibilidade fática de um juiz ter conhecimento do que determinam esses tipos de moral, pelo que a associação entre Direito e Moral seria fracassada. A autora é bastante incisiva quanto à sua objeção à utilização da Moral no Direito, afirmando que isto “não parece nada mais que elevar um novo ‘rei’ sobre o Direito, e quem tiver a ‘sapiência’ para aceder ao ‘conhecimento moral’ poderia transformar-se em um déspota muito mais perigoso que a terrena autoridade política. A tese da conexão entre Direito e moral não é necessária para a teoria e se mostra nociva (ou pior) para o neoconstitucionalismo” (ibidem, p. 210).

Outra concepção também bastante identificada como neoconstitucionalista mas que, como visto no quadro acima, não é aceita do mesmo modo pelos autores que se filiam ao movimento é a centralidade do juiz no sistema constitucional. Sendo por si só um critério contra o ordenamento, pois ofende frontalmente o princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes, o nível de controle judicial admissível é divergente em cada doutrinador que se identifica como neoconstitucionalista: alguns autores adotam controle pleno (Sanchís e Carbonell), outra autora adota um controle mediano (Ana Paula de Barcellos) e outro um mais restrito (Luís Roberto Barroso).

Além dessa grande contradição entre os pensadores neoconstitucionalistas, que já dificulta o desvelamento do que seria o neoconstitucionalismo, a análise das concepções “inovadoras” do neoconstitucionalismo demonstra com certa facilidade, em nosso entender, a ausência de critérios científicos ou de justificação sólida para essa suposta nova forma de ver o Direito. Em verdade, esses entendimentos neoconstitucionalistas parecem um desejo de seus autores de que as normas jurídicas tivessem sido elaboradas de outra forma e não uma concepção cientificamente robusta.

Uma das questões comumente associadas ao neoconstitucionalismo e que de fato foi observada em seus autores é a tentativa de humanização do Direito: buscando fazer o “bem” e garantir a “justiça”, os autores dessa corrente ignoram princípios jurídicos elementares no ímpeto de realizar essas ideias, subjetivas e pouco concretas, buscando convencer seus leitores através da utilização de argumentos que remontam à bondade e à solidariedade social.

Acredita-se que esta ideia é bastante perigosa para o Direito, que tem como principal objetivo garantir segurança ao indivíduo através da regulação do comportamento humano (GRAU, 2014, p. 13). Como justificar, então, de forma isenta e razoável, que a aplicação do Direito deve abandonar o texto normativo? Aqueles que assim entendem não conseguem elaborar justificativas científicas para tal posicionamento, apenas afirmando que isto garantiria a “justiça”.

Mas o que é esta “justiça” tão procurada por esses autores? Como ela se configura na prática, se, em razão de sua intrínseca complexidade, os seres humanos possuem entre si grande divergência de entendimentos? Como afirma David M. Beatty, “mesmo nas sociedades mais desenvolvidas e esclarecidas, as ideias e as ideologias chocam-se e competem por reconhecimento e recompensas” (BEATTY, 2014, p. 1, tradução nossa), sendo impossível “falar de uma única intenção coletiva” (ibidem, p. 16, tradução nossa). O que seria, então, a Justiça?

Eros Grau é categórico ao afirmar que “os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça*” (GRAU, 2014, p. 19). Apesar do espanto que tal afirmação certamente pode gerar em alguns, ela está de acordo com a complexidade de vozes em uma sociedade (especialmente uma democrática), à natureza humana e ao papel que o Direito possui na conciliação dessa diversidade. Como Eros Grau afirma, a única que conseguiu alguma conciliação entre as mais diversas éticas e ideias de justiça existentes em sociedade foi a legalidade, o procedimento legal; em outras palavras, o direito posto (ibidem, p. 17), que é tão criticado pelos neoconstitucionalistas.

Hans Kelsen entendia exatamente desta forma, afirmando que “Direito e justiça são dois conceitos diferentes”, que a tentativa de igualar um ao outro é “uma tendência política, não científica” (KELSEN, 2005, pp. 8-9) e que a Ciência Jurídica deve se preocupar em descrever o Direito “como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos”, pois isto seria objeto da política (ibidem, XXVIII).

Ainda de acordo com Kelsen, considerando que a justiça representa “o eterno anseio do homem pela felicidade”, observa-se que este ideal jamais poderá ser alcançado pelo Estado, pois a felicidade de um indivíduo eventualmente entrará em conflito com a de outro(s). A única felicidade a ser assegurada por uma ordem social é a “satisfação de certas necessidades, reconhecidas pela autoridade social, pelo legislador, como necessidades dignas de serem satisfeitas, tais como as necessidades de alimentação, vestuário e moradia”. Porém, encontrar quais são essas necessidades – e, conseqüentemente, verificar se a justiça foi alcançada – é algo que não pode ser feito racionalmente, sendo necessariamente “um julgamento de valor,

determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que o julga e, por conseguinte, apenas relativo” (ibidem, pp. 9-10). Assim, não existe um padrão de justiça, “mas vários padrões desse tipo, diferentes e mutuamente inconsistentes” (ibidem, p. 68).

A conexão entre valores éticos e o Direito, defendida por alguns neoconstitucionalistas, é igualmente problemática. Diferente do Direito, “a ética, do ponto de vista formal, é um conjunto de postulados vazios e indeterminados; vale dizer: é abstrata. Sua efetividade, sua concretude, provém do mundo exterior, objetivando-se nos comportamentos que determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade” (GRAU, 2014, p. 18). Ou seja, a ética não é segura, não é objetiva: é constantemente mutável e incerta, não garantindo a paz social e nem mesmo a pretensa “justiça” tão almejada por alguns. Por isso, substituir o Direito pela Ética representaria a derrogação das “instituições do Estado de Direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem com lealdade canina”, o que vai de encontro às próprias necessidades da vida humana em sociedade, que tem no Direito “a única resposta racional possível à violência de toda a sociedade. Tanto a soberania quanto a sua lei (escrita) justificam-se em virtude da necessidade de coartar a violência natural a todos nós” (ibidem, pp. 18-19).

Assim, a conexão da Ética e da Moral com o Direito afasta deste a segurança jurídica que lhe é necessária, em prejuízo do próprio indivíduo. Como aceitar, então, a concepção neoconstitucionalista, que ignora o papel fundamental do Direito no controle social necessário para a manutenção do Estado, para a proteção do indivíduo e para o próprio alcance da almejada dignidade?

Como afirma Daniel Sarmiento, que se identifica parcialmente com o neoconstitucionalismo, as concepções neoconstitucionalistas de justiça e bondade “podem ser muito boas para arrancar aplausos entusiasmados das plateias nos seminários estudantis, mas não se conciliam com exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade, que são alicerces de qualquer bom constitucionalismo – novo ou velho” (SARMENTO in FELLET et al., 2013, p. 113), o que confirma a impropriedade de tais pontos de vista para a Ciência Jurídica.

Ultrapassados esses pontos de controvérsia e inadequação científica dos posicionamentos neoconstitucionalistas, verifica-se que as outras características encontradas na concepção não são nada mais que a simples aplicação do constitucionalismo clássico.

4 Comparação entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo clássico

As características neoconstitucionalistas que “sobreviveram” à análise acima são as seguintes: (1) Constituição como limite e garantia; (2) Constituição como norma diretiva fundamental; (3) supremacia dos direitos fundamentais; (4) irradiação das normas constitucionais a todo o ordenamento; (5) conteúdo mínimo de todos os direitos; (6) peculiaridades da interpretação constitucional; (7) ativismo judicial para garantia de direitos fundamentais; (8) aplicação direta das normas constitucionais; (9) influência da Constituição nas relações políticas e sociais; (10) constitucionalização de valores e opções políticas; (11) controle de constitucionalidade dos atos legislativos; (12) criação do Direito pelo juiz; (13) mudança da concepção clássica da separação dos Poderes; (14) ponderação dos direitos fundamentais; (15) eficácia horizontal dos direitos fundamentais; (16) controle da política pelo Judiciário; (17) força normativa; (18) superioridade da Constituição.

Todas elas são aceitas pela doutrina constitucionalista “clássica”.

Blanco de Moraes resume o conceito de Constituição de acordo com o jus-positivismo como “norma destinada a vincular e reger a produção das restantes normas, a estabelecer as regras sobre a organização e limitação do poder político e a assegurar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos” (MORAIS, 2014, p. 380), ainda mencionando que é aceita pelo positivismo a incorporação de valores extra-jurídicos na Constituição, que passariam a valer normativamente, que todas as normas possuem eficácia aplicativa e que no plano da estrutura as normas assumem caráter aberto e se decompõem em princípios e regras (ibidem, p. 381).

O professor pessoalmente entende que a Constituição inerente a um Estado Democrático de Direito “é a norma criada mediante uma decisão fundamental imputada ao povo que define as tarefas do Estado, estrutura o sistema jurídico, opera como estatuto da organização do poder político e da sua limitação, a qual assegurada pela separação de poderes, pela garantia dos direitos fundamentais das pessoas e pela representação democrática dos cidadãos no exercício do poder” (ibidem, p. 420).

Já nesses primeiros conceitos, observa-se que as características acima identificadas com os números 1 (Constituição como limite e garantia), 2 (Constituição como norma diretiva fundamental), 8 (aplicação direta das normas constitucionais), 10 (constitucionalização de valores e opções políticas) e 18 (superioridade da Constituição) não são exclusividade ou inovação neoconstitucional, pois fazem parte da teoria constitucionalista.

Por sua vez, Gomes Canotilho também reconhece a posição hierárquico-normativa superior da Constituição (CANOTILHO, 1993, p. 141) e a aplicabilidade direta e força

normativa de todas as normas constitucionais, inclusive das “normas-fim” ou “normas-tarefa” (ibidem, pp. 190-193). Também vê os direitos fundamentais como “elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional” (ibidem, p. 498) e reconhece a eficácia horizontal desses direitos (ibidem, p. 593). Além disso, adota critérios diferenciados de interpretação das normas constitucionais (ibidem, p. 212).

Presentes, então, os itens 3 (supremacia dos direitos fundamentais), 6 (peculiaridades da interpretação constitucional), 15 (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e 17 (força normativa).

Celso Bastos também menciona a superioridade hierárquica (BASTOS, 2010, p. 79), a constitucionalização dos valores e a existência dos princípios (ibidem, pp. 91-93), bem como a modificação da teoria clássica da separação dos poderes (ibidem, pp. 490-491) e a possibilidade de supressão definitiva de ato administrativo ou legal que esteja em desacordo com a Constituição – controle de constitucionalidade (ibidem, pp. 79-80).

Nota-se, assim, os itens 11 (controle de constitucionalidade dos atos legislativos), 13 (mudança da concepção clássica da separação dos Poderes) e 16 (controle da política pelo Judiciário).

Gilmar Mendes e Paulo Branco, concordando com todos esses pontos, mencionam que as normas constitucionais são limitadoras da liberdade de conformação do legislador, podendo ser determinantes negativas e positivas para a atividade legislativa, influenciando a produção de todas as normas do ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2014, pp. 66-67). Também mencionam o conteúdo mínimo (a que chamam de núcleo essencial) de todos os direitos fundamentais (ibidem, 211-214) e a utilização da ponderação no âmbito dos direitos fundamentais (ibidem, pp. 183-184).

Seguem, portanto, as concepções resumidas nos pontos 4 (irradiação das normas constitucionais a todo o ordenamento), 5 (conteúdo mínimo de todos os direitos), 9 (influência da Constituição nas relações políticas e sociais) e 14 (ponderação dos direitos fundamentais).

Por sua vez, Ingo Sarlet também entende que o Judiciário pode atuar de forma ativista para garantir os direitos fundamentais, pelo menos em seu conteúdo mínimo (SARLET, 2009, pp. 319-322), o que é exatamente o abreviado no item 7 (ativismo judicial para garantia de direitos fundamentais).

Por fim, Eros Grau, em sólida exposição sobre a natureza da interpretação, entende que “a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*)” (GRAU, 2014, p. 45).

Resume, destarte, o ponto 12 (criação do Direito pelo juiz).

Por essa exposição, além de verificar-se que algumas concepções características no neoconstitucionalismo não são unânimes entre seus próprios autores e que outras não se sustentam cientificamente, nota-se que os demais elementos do neoconstitucionalismo não o diferenciam do constitucionalismo clássico, pois integrados a este.

Por isso, pergunta-se: o que é o neoconstitucionalismo?

Comanducci (in CARBONELL (ed.), 2009, p. 83) entende que o neoconstitucionalismo poderia ser visto de três formas: como uma teoria do Direito, como uma metodologia de interpretação das normas e como uma ideologia. No entanto, para que esta visão do neoconstitucionalismo se sustentasse, seria necessário conseguir traçar critérios gerais entre os autores da corrente, a fim de que se pudesse reconhecer uma teoria ou uma metodologia verdadeiramente neoconstitucionalista. Não é isto, porém, que se observa.

Não havendo um conjunto de critérios unificados, não haveria como aceitar a existência de metodologia ou teoria do Direito neoconstitucionalistas, pois estas dependem, respectivamente, de um método de interpretação de normas comum e de uma concepção uniformizada da ciência jurídica entre os autores. Isto, como resumido, não é o que se observa. Sem haver unidade na forma de enxergar o Direito, não há como se falar em teoria jurídica; do mesmo modo, não há metodologia se as técnicas e os componentes de interpretação são diferentes para cada autor.

Elival da Silva Ramos possui o mesmo entendimento, afirmando que o neoconstitucionalismo é uma “elaboração imersa em tamanhas fragilidades que não passa de um modismo intelectual”, um movimento antipositivista (e não pós-positivista, como se afirma), que, pelo “recurso frequente a uma retórica vazia e passionalista” e um “difuso moralismo jurídico” acaba sendo um “fator de impulsão ao ativismo judiciário”, pois permite que os juristas interpretem as normas como bem entenderem (RAMOS, 2010, p. 279-285).

Portanto, não se firmando como teoria ou metodologia, no máximo o neoconstitucionalismo poderia ser aceito como uma ideologia que, se fantasiando de teoria do Direito, busca justificar um ativismo judicial demasiado e sem qualquer controle, ganhando adeptos com a sua concepção de garantia do bem e busca da justiça.

Carlos Bastide Horbach firmou esta posição sobre o movimento. Demonstrando que todos os principais pontos abordados pela concepção de Barroso já faziam parte da realidade brasileira desde a Constituição de 1891 (HORBACH, in ROCHA; MEYER-PFLUG, 2008, pp. 295-298), o autor afirma que “não sendo [...] uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação

indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico”, e acrescenta que a operação “interpretativa” neoconstitucionalista é, na verdade, uma operação para “fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito” (ibidem, p. 298).

Deste modo, não há como tratar o neoconstitucionalismo como teoria do Direito ou metodologia, pois não são extraídas das mais diversas posições que se identificam com a concepção características essenciais para que possa ser aceita como tal. Entretanto, tratando-a como uma ideologia antipositivista que visa fazer política por meio do Judiciário, os seus objetivos reais e sua forma de atuação na doutrina jurídica brasileira podem ser entendidos.

5 A ideologia neoconstitucionalista, separação de poderes e a democracia

Após estabelecer o neoconstitucionalismo como ideologia, deve ser questionado: o que esse conjunto de ideias defende, e como ele influencia a cultura jurídica brasileira? Mais importante: quais são as suas consequências para o sistema democrático?

Embora, como visto, nenhum deles seja unânime entre os mais diversos posicionamentos neoconstitucionalistas, é possível extrair os fatores mais recorrentes ou realmente exclusivos dos autores que se identificam com a ideologia: (1) a concretização da Constituição é confiada aos juízes; (2) deve haver prevalência dos princípios sobre as regras; (3) superação do formalismo jurídico, pois o Direito é incompleto; (4) pode-se recorrer a elementos metajurídicos; (5) cientificidade da Ciência Jurídica perde espaço para sua teleologia; (6) Direito posto não deve ser respeitado só porque é válido; (7) vontade constituinte geral; (8) conexão entre Direito e Moral.

As deficiências da conexão entre Direito e Moral e os problemas que ela gera para a aplicação do Direito foram mencionadas acima, pelo que não é necessário repeti-los.

Entre os oito pontos acima listados, o que tem as consequências mais graves para o sistema jurídico e para a democracia em geral é a centralidade do juiz no sistema, o que muitos chamam de juristocracia.

A transferência de poder dos Poderes políticos para o Judiciário é um fenômeno mundial que vem ocorrendo há algumas décadas (CAPPELLETTI, 1993, p. 112). É motivado por uma série de fatores: a inclusão nas constituições contemporâneas de um maior número de direitos fundamentais com força normativa, o que exige que o Estado os cumpra e que o Judiciário assegure sua proteção e respeito (HIRSCHL, 2004, p. 77); a descentralização do poder, com a

superação de modelos políticos que tinham o Executivo ou o Legislativo como órgão superior (BEATTY, 2014, pp. 2-3); o avanço da própria democracia, que estimula a sociedade civil a lutar por seus interesses por qualquer via legal disponível, passando a ver o Judiciário, em certas ocasiões, como uma opção melhor do que os parlamentos (CAMPOS in FELLET; NOVELINO, 2013, pp. 363-364).

Portanto, o crescimento do papel desempenhado pelo Judiciário nas decisões políticas é visto como um processo natural na arena constitucional contemporânea. O problema surge quando os juízes excedem seu espaço de ação constitucionalmente definido e usurpam os poderes dos outros ramos do governo. Alguns autores chamam esta usurpação de ativismo judicial (RAMOS, 2010, p. 308).

Não concordo com esta visão particular acerca do ativismo judicial. Entendo que ele é

o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS in FELLET; NOVELINO, 2013, pp. 352-353).

Entendo que o ativismo judicial não é necessariamente bom ou ruim. Esta avaliação deve ser feita analisando as decisões judiciais individualmente, e suas consequências. Às vezes, o Judiciário pode ser acusado de ativismo pelo simples exercício de poderes conferidos a ele pela Constituição (por exemplo, quando anula uma lei claramente inconstitucional). Ainda, uma decisão pode ter elementos ativistas e contidos. Como exemplifica Ernest Young, “uma determinada decisão pode ser ‘contida’, por exemplo, no sentido de se abster de anular uma lei estadual, mas pode ser ‘ativista’ pois, para isto, a corte pode precisar ir contra precedente anterior” (YOUNG, 2002, 1.143).

Não obstante, não se pode ignorar que o excesso de ativismo pode ser prejudicial para a democracia. Não apenas porque um ativismo classificado como "ruim" prejudica os princípios básicos da organização do Estado, mas porque o considerado "bom", se usado excessivamente, pode minar a credibilidade dos Poderes (mesmo do Judiciário), gerar conflitos entre eles e criar impressões negativas sobre o Estado na população, o que deve ser sempre evitado.

É precisamente nesse ponto que o neoconstitucionalismo fracassa: ao estimular o uso irrestrito do Poder Judiciário para proteger os direitos fundamentais e ao sustentar que o ativismo judicial é uma necessidade para a realização das promessas constitucionais, a ideologia fragiliza a separação de poderes. Com isso, enfraquece o sistema democrático, sistema destinado a proteger os direitos fundamentais que a ideologia sustenta que pretende proteger.

O que os neoconstitucionalistas parecem não entender é que o ativismo judicial não significa necessariamente a garantia dos direitos fundamentais por meios judiciais, como se o Judiciário sempre agisse diante de omissões ou ações invasivas dos Poderes Executivo e Legislativo contra os direitos fundamentais. Pelo contrário, uma decisão classificada como ativista pode resultar em uma restrição desses direitos. Por exemplo, as decisões da Era Lochner, na qual o tribunal invalidou diversas normas legais que buscavam garantir direitos sociais à população norte-americana (KMIEC, 2004, p. 1.462).

Portanto, a atuação contramajoritária do Judiciário nem sempre levará à garantia de direitos, podendo resultar em sua restrição e até mesmo em sua extinção. Ser ativista é exercer expansivamente certos poderes, mas as consequências deste exercício não são predeterminadas. Assim, deve ser reconhecida a potencial prejudicialidade de uma corte ativista para a garantia e o exercício dos direitos fundamentais, afastando-se a ideia de que o ativismo é o maior instrumento de salvação desses direitos. É certo que o ativismo pode ter este papel, mas não está essencialmente vinculado a ele.

É necessário enfatizar que a separação de poderes contemporânea foi concebida especificamente para assegurar que nenhuma autoridade ou ramo do governo exercesse tanto poder a ponto de ser capaz de limitar os direitos mais básicos da população por si própria. Ao transferir uma grande quantidade de poder para o Judiciário, o neoconstitucionalismo dificulta esse sistema protetor, uma vez que não há garantia de que um Judiciário hierarquicamente superior leve a uma melhor proteção dos direitos fundamentais. Os abusos cometidos por juízes, mesmo pelos supremas cortes, ocorrem com certa frequência, e não há uma lista curta de decisões dos tribunais superiores que possam ser facilmente consideradas contrárias aos direitos fundamentais.

Portanto, ao destruir a separação de poderes, o neoconstitucionalismo destrói o próprio sistema que foi concebido para proteger o mais importante bem jurídico dos indivíduos: seus direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

Ainda que tenha dominado a cultura jurídica brasileira, o neoconstitucionalismo não possui características essenciais para que seja considerado uma teoria do direito ou uma metodologia de interpretação de normas constitucionais. Não havendo unidade de pensamento entre seus autores – ocorrendo, na verdade, severas contradições entre aqueles que se

identificam com a concepção –, não há como enquadrar o neoconstitucionalismo nessas categorias.

Diversas das concepções neoconstitucionalistas não são nada mais que repetições do constitucionalismo clássico. Os pontos de divergência não são unânimes entre os autores neoconstitucionalistas, havendo grande divergência de posicionamentos entre eles. No máximo, o neoconstitucionalismo pode ser visto como ideologia motivadora de ativismo judicial exacerbado e decisionismos indevidos.

Em assim sendo, o neoconstitucionalismo desequilibra a separação de poderes e a própria democracia, dificultando, portanto, o sistema concebido para dar maior proteção aos indivíduos em suas relações com o Estado. É uma ilusão pensar que o Judiciário sempre garantirá um nível mais alto de proteção aos direitos fundamentais. O Poder, além de ser um ramo não eleito do Estado, profere decisões finais que, em geral, não podem ser reformadas por nenhum outro Poder, a não ser ele próprio.

Assim, o processo judicial, embora extremamente importante para a democracia e para a proteção dos direitos fundamentais, não é governado pelos mesmos princípios representativos que orientam a atividade dos poderes políticos. Além disso, decisões passadas e atuais mostram que a atividade judicial pode ser tão maculada por interesses pessoais quanto a atividade legislativa, e que não há garantia de que o Judiciário terá como objetivo assegurar os direitos fundamentais da população, especialmente de grupos sub-representados.

Portanto, é evidente que a ideologia neoconstitucionalista representa um risco enorme para a democracia e para os direitos fundamentais, uma vez que invalida as instituições representativas e mina a capacidade do Direito de dar segurança às relações sociais e proteção a todos, dando poder extremo a uma elite não eleita que não tem compromisso necessário com a proteção individual e com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Em última análise, o neoconstitucionalismo, ao prejudicar o sistema de direitos fundamentais, enfraquece a democracia, o que o transforma em uma ideologia perigosa a ser seguida.

7 REFERENCES

BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15. Salvador: 2007.

- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BEATTY, David M. **A essência do Estado de direito**, tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de direito constitucional** – teoria da constituição em tempo de crise do Estado social. Tomo II, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo** – ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.
- FELLET, André Luiz Fernandes et. al. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes** – a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- HIRSCHL, Ran. “The Political Origins of the New Constitutionalism”. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11. Bloomington: Indiana University Maurer School of Law, 2004. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4/>>. Acesso em 20 mar. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KMIEC, Keenan D. “The origin and current meanings of judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, issue 5, out. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em 25 sep. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional”. **Doxa**, v. 21-II, 1998. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>. Acesso em 30 dez. 2017.

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

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

YOUNG, Ernest A. “Judicial activism and conservative politics”. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, 2002.