# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

**CLEULER BARBOSA DAS NEVES**

**JANAÍNA MACHADO STURZA**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**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 Naspolini - 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 – Goías
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

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves

Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
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
Univeridade Ferderal 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

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

## Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

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: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

# NEOCONSTITUTIONALISM: THE REINTERPRETATION OF THE CONSTITUTION AND JUDICIAL ACTIVISM

**Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim** [1]
**Ivan Dias da Motta** [2]

**Resumo**

O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, Interpretação constitucional, Ativismo judicial

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article results from an academic research on bibliographical revision on neoconstitutionalism and its reflexes in the movement denominated by judicial activism. He argues that, from the re-signification of the values inserted in the constitutional norm, neoconstitutionalism takes place, privileging an interpretation oriented to the harmonized implementation of constitutional values. In this scenario, the reinterpretation of the political pact, to the Judiciary, in the full exercise of the judicial function, is responsible for the implementation of actions and public policies that ensure the realization of this will of the Constitution, which has been called judicial activism.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Neoconstitutionalism, Constitutional interpretation, Judicial activism

---

[1] Mestranda em Ciências Jurídicas no UNICESUMAR-PR. Graduada pela UFG-GO. Pós-graduada em Direito Tributário (UCG-GO) e Processual Civil (UFG-GO). Juíza Substituta no TJAP (2010-2014). Juíza de Direito do TJPR desde 2014.

[2] Pós-doutor em Direito. Docente Permanente do Programa Mestrado em Ciências Jurídicas e do Curso de Direito do Unicesumar. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação.

## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crise de identidade nem o constitucionalismo escapa às provocações decorrentes das transformações sociais, culturais e tecnológicas que vivemos. Convém observar que, nem sempre as mudanças levam até algo melhor ou levam a algum lugar. Por vezes, as mudanças podem significar também a degradação, o retorno ou até o retrocesso, mas é certo que indicam a saída da estagnação e são inevitáveis ante a dinâmica da vida social. Nesta linha de compreensão, vê-se que o constitucionalismo, enquanto conjunto de linhas de pensamento e construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca do poder constituinte e da Constituição, também sofre este influxo, daí decorrendo o que hodiernamente convencionou-se denominar neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo. Com outras variadas denominações, é normalmente identificado como a teoria constitucional, elaborada a partir da década de 1970, tendo por referência o conjunto de textos constitucionais europeus surgidos depois da segunda guerra (LYNCH; MENDONÇA, 2017). Como a própria terminologia já adianta, corresponde a uma nova concepção do constitucionalismo que prima por uma interpretação e aplicação mais alargada do contido na Constituição, no sentido de permitir ao intérprete e ao agente responsável pela aplicação da Constituição a extração da maior efetividade e concretude possível ao que inspira o texto constitucional, orientada por uma alta carga valorativa principiológica. Para tal intento, propugna a revalorização dos princípios que inspiraram a Constituição conferindo-lhes plena eficácia e a sua interpretação orienta-se por critérios além daqueles já utilizados para a análise das demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Não mais se atrela o constitucionalismo apenas à ideia de limitação do poder político, como num momento histórico em que somente atuações negativas do Estado eram demandadas, mas, antes de tudo, busca alcançar a eficácia da Constituição, a partir de uma visão do texto constitucional de caráter mais efetivo e menos retórico, sobretudo quando diante da perspectiva de materialização dos direitos fundamentais.

## 2 O MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA

Partindo da análise de Luis Roberto Barroso (2008, p, 101-148) o movimento constitucional na Europa, sobretudo no pós-guerra na Alemanha e na Itália, indica uma aproximação entre constitucionalismo e democracia, inclinando-se para a construção e um Estado Democrático de Direito Constitucional. Do ponto de vista histórico, é o que se observa

tendo por referência especialmente a Constituição alemã de 1949, a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, a Constituição da Itália em 1947, a instalação a Corte Constitucional em 1956 e a redemocratização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978. No Brasil o movimento se intensificou, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, com a ressignificação do direito constitucional em vista da redemocratização e estabilização das instituições, que passaram a compor o texto constitucional. Sob a perspectiva filosófica, segundo o mesmo autor, essa nova visão constitucional, passa pela construção ideológica do pós-positivismo, orientada com vigor pelos teóricos Robert Alexy e Ronald Dworkin. Fala-se num jusnaturalismo moderno, onde a fecundação de princípios de justiça universalmente aceitos, que foram combustíveis para grandes revoluções liberais, se aproxima da objetividade e do positivismo jurídico, corporificadas em textos escritos e razoavelmente rígidos. Propõe-se uma nova hermenêutica constitucional por meio de uma nova teoria dos direitos fundamentais tendo por fundamento maior a dignidade da pessoa humana, que ocupa o ponto central do discurso jurídico atual, concebida por Lincoln Frias e Nairo Lopes (2015) como:

> a dignidade não deve ser entendida como a afirmação positiva de uma propriedade intrínseca, o que gera imprecisões e arbitrariedades, mas sim como uma afirmação normativa sobre uma propriedade adquirida, que requer condições para se desenvolver e ser exercida. A dignidade é a propriedade que as pessoas possuem pelo fato de serem capazes de decidir sobre seus próprios objetivos, a autonomia pessoal. Tal propriedade justifica a exigência de que os interesses fundamentais das pessoas sejam protegidos por meio da garantia de um mínimo de condições básicas para sua existência, um mínimo existencial. Esse é o raciocínio que está por detrás da garantia dos direitos à vida, à saúde, à educação, à liberdade de expressão, dentre outros.

Ainda sob a visão de Barroso, ponderando acerca do marco teórico do constitucionalismo moderno, observa-se uma subversão dos conceitos até então convencionais, em vista do reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova interpretação constitucional, tema ao qual se dedica maior destaque neste estudo.

Ainda na busca da melhor conceituação possível do fenômeno neoconstitucionalista, (SPAREMBERGER, 2007), ainda enumera as características que lhe podem ser atribuídas, quando observa que:

> A expressão *neoconstitucionalismo* tem sido usada pela doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo, no sentido de que o constitucionalismo atual tem algo substancialmente diverso daquele que o antecedeu. Pode-se apontar como características deste novo

> constitucionalismo: a) a normatividade da Constituição, b) a superioridade da Constituição sobre o restante do ordenamento jurídico, c) a centralidade da Constituição no sistema jurídico, passando os outros ramos do Direito serem interpretados a partir dos valores constitucionais, d) a incorporação de valores políticos no texto constitucional, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e e) o aumento dos conflitos específicos e gerais decorrentes das diferentes pretensões existentes no texto constitucional.

Conforme se infere, a pedra de toque do movimento neoconstitucionalista pode ser visualizada no anseio pela concretização das prestações prometidas pelo texto constitucional, como instrumento de construção de um efetivo Estado Democrático de Direito que se determina pela positivação e solidificação de um rol de direitos fundamentais; a pulverização de princípios e regras; a reinterpretação hermenêutica do contido na Constituição; a corporificação da força normativa do Estado e da Constituição e a revalorização do critério de justiça distributiva, considerando as peculiaridades circunstanciais de cada caso, passando a observar não apenas um padrão descritivo, mas sobretudo axiológico. Na concepção neoconstitucionalista, a Constituição passa a ocupar o centro do sistema no constitucionalismo moderno, enquanto norma jurídica que ostenta imperatividade e superioridade inspirada pelos conceitos de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, irradiando efeitos sobre os demais poderes e mesmo nas relações privadas, para o fim último de concretização dos valores constitucionais.

É alvissareira esta nova perspectiva de constituição viva e presente no dia a dia da comunidade, que encontra no cenário de redemocratização brasileira um espaço privilegiado para se instalar, sobretudo se considerado o processo de construção do texto da Constituição de 1988, que sofreu influência dos diversos movimentos sociais e grupo organizados que ansiavam pela positivação no texto maior, de garantias e direitos individuais e coletivas até então negados ou esquecidos.

## 3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O marco teórico fundamental do neoconstitucionalismo pode ser reconhecido na força normativa da Constituição, expressão cunhada por Konrad Hesse (1991), ao afirmar que a norma constitucional possui *status* de norma jurídica, com imperatividade considerável, pelo que é possível também o seu cumprimento coercitivo, se necessário.

Conforme observa o citado autor:

> [...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) que, indubitavelmente, constitui a maior garantia da sua força normativa (HESSE, 1991, p. 27).

É certo que a Constituição representa muito mais que um conjunto de normas materializadas num texto legal e rígido, dotadas de imperatividade e coercitividade, vez que além de constituir o Estado, delineia seus princípios básicos, constitui os poderes e circunscreve os direitos que considera prioritários. No Brasil, até mesmo no preâmbulo da Constituição há o reconhecimento de força impositiva, embora não imperativa quanto à necessidade de reprodução obrigatória nas constituições estaduais que, conforme julgado expresso, ostenta densidade normativa:

> [...] Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...] Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...][1].

É incontroversa a concepção de que o texto constitucional não é um mero enunciado poético, sugestivo e inspirador. Ao contrário, ostenta caráter vinculativo também como instrumento vocalizador de direitos caros ao Estado Democrático de Direito. Outro forte indicativo do caráter normativo do texto constitucional foi também reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando julgou pela chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que ressoa, inclusive, no âmbito das relações privadas[2].

Tendo em vista que os direitos fundamentais, enquanto valores que esteiam o ordenamento jurídico, impõem a disseminação dos seus efeitos para muito além da relação entre o cidadão e o poder público, produzindo impactos também nas relações entre os particulares, não é por outro motivo que a Constituição Federal, no seu art. 5º, § 1º, estatui que as normas garantidoras dos direitos fundamentais têm eficácia direta e imediata, gerando efeitos além da seara pública. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009), esta denominação – eficácia horizontal dos direitos fundamentais – está sendo refutada no cenário internacional, vez que considera que

[1] ADI 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, DJE de 17-10-2008.
[2] RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005.

a incidência dos efeitos jurídicos das normas garantidoras de direitos fundamentais não recai somente nas relações privadas, mas também inspira os atos dos agentes estatais.

Nesta senda, considerada a ineficiência estatal no cumprimento voluntário dos valores constitucionais, ao Poder Judiciário no pleno exercício de sua competência também conferida na norma fundamental, compete uma importante função de efetivar o que está escrito, por vezes até de forma inconsequente, no texto normativo constitucional. Ao reconhecer a força normativa dos princípios e preceitos garantidores de direitos fundamentais, há um rompimento de paradigmas até então vigente e a Constituição ganha vida, fazendo parte do dia-a-dia da comunidade que, no pleno gozo dos direitos cívicos e políticos, impõem intervenção jurisdicional no cumprimento de um papel além de meramente jurídico, mas também político que, por vezes, recebe a nominação de ativismo judicial. recomenda-se ao aplicador da Constituição que, "na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles prontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confiram-lhes maior eficácia" (MENDES, 2008, p. 118).

Outro fator que por certo repercute na importância prática da Constituição, diz respeito à ampliação da jurisdição constitucional, especialmente após 1988, com o alargamento do rol dos legitimados para a propositura das ações constitucionais bem como a criação de outros instrumentos de acesso à jurisdição constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio das ações que questionam a constitucionalidade das normas, por seus diversos meios, como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade e Mandado de Injunção, dentre outros mecanismos que, na medida em que otimizam a atuação especial daquela Corte, também cooperam com a consolidação da sua função estruturante, como, por exemplo a súmula vinculante, os julgamentos repetitivos, a exigência da demonstração de repercussão geral nos recurso extraordinário.

A este cenário também deve ser incorporado o considerável avanço das comunicações e das tecnologias, que permitiram tanto à comunidade científica quanto ao leigo, amplo acesso ao conteúdo, as causas e consequências das decisões emanadas da corte constitucional, com reflexo direto na ampliação da participação popular nos debates das grandes temáticas nacionais. Para além das audiências públicas promovidas ordinariamente pelo Supremo Tribunal Federal em temas polêmicos, previstas inicialmente pelas Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental (STF, 2007); na atualidade, a composição, as principais posições clássicas ou garantistas,

vanguardistas ou ultrapassadas, a origem e a indicação de todos os membros da Suprema Corte nacional é reconhecida por boa parte da população. Isso, sem se falar no acompanhamento diário dos debates, nem sempre afáveis e corteses, embora polidos, proporcionados nas sessões de julgamento e transmitidos ao vivo pelos diversos canais de acesso pelas mídias digitais. Tudo isso tem contribuído para um considerável avanço na expansão da jurisdição constitucional e no reconhecimento de presença efetiva do contido na Constituição no dia-a-dia do cidadão.

As decisões constitucionais são ainda mais sentidas no cenário nacional nestes tempos de crise política, onde a cada semana uma nova grande questão de ordem legislativa ou executiva é posta na pauta judicial, cooperando para o protagonismo do judiciário brasileiro no exercício de uma função cada vez mais política que propriamente legal ou constitucional.

## 4 UMA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

É certo que a Constituição é posta sob a forma de um texto legal, escrito, formal e rígido. Como tal, todos aqueles métodos tradicionais de interpretação (lógico, teleológico, literal, gramatical, sistemático, etc.), também se aplicam na compreensão do texto constitucional. Entretanto, considerando as peculiaridades e a repercussão do que contém a norma constitucional, é razoável compreender que se construam métodos e critérios de interpretação especificamente constitucionais, particularmente se considerado o caráter social impregnado em todas as suas disposições que reflete os anseios e triunfos de todas as categorias e classes sociais que conseguiram fazer constar suas pretensões em forma de conquistas no texto final da carta constitucional. Partindo deste contexto, reiterado por este novo constitucionalismo, afloraram-se critérios de interpretação especificamente constitucionais, que consolidam o caráter intimista dos vetores da efetividade e da maior eficácia possível do texto constitucional. Dentre diversos, podemos destacar ao escopo do presente estudo: a supremacia da constituição, a presunção de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição, o princípio da unidade constitucional e da efetividade.

### 4.1 CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAIS SIGNIFICATIVOS NUM CENÁRIO NEOCONSTITUCIONAL

O princípio de interpretação constitucional apregoa a supremacia da Constituição e decorre do reconhecimento da amplitude e repercussão social alcançado pelo documento escrito que corporifica todas as aspirações e conquistas da sociedade, instituindo uma nova ordem

estatal e fundando de um novo Estado. Ainda, segue na perspectiva prefundada desde a pirâmide kelsiana, onde a Constituição ocupa o topo do ordenamento jurídico, iniciando um sistema normativo hierarquizado, no qual tudo que sobrevêm abaixo de seus dispositivos com ele dever guardar harmonia e similaridade.

Do reconhecimento da supremacia da Constituição decorre o critério interpretativo que ostenta a presunção de constitucionalidade das norma e atos do Poder Público, quando fundados legitimamente em expedientes que não impliquem abuso ou desvio de poder ou de finalidade, vez que, diversamente, podem ser confrontados por meio dos instrumentos legitimamente construídos para tal mister. Trata-se de um importante mecanismo de estabilização das instituições e das relações jurídicas, conquanto garanta autonomia ao ente público na defesa dos interesses da Administração Pública em suas diversas configurações, sejam eles primários ou secundários.

É própria da linguagem, especialmente jurídica, a possibilidade da existência de expressões polissêmicas, que suportam mais de uma interpretação possível. O critério de intepretação conforme a constituição prescreve que, diante de contextos polissêmicos ou plurissignificativos razoáveis da norma infraconstitucional, adote-se, dentre vários, aquele que melhor se adeque à preservação da compatibilidade com o texto constitucional, sem lhe alterar o conteúdo ou a normatividade. Também representa importante mecanismo de consolidação e preservação da estabilidade constitucional.

> Com efeito, ao recomendar – nisso se resume este princípio -, que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura (MENDES, 2008, p. 119).

A exegese que toma por base o princípio da unidade constitucional propõe que o texto constitucional seja interpretado como um todo, a partir de um ‘contexto de Constituição’ e não de forma isolada e dissociada. A Constituição deve representar um conjunto de normas que se harmonizam. Assim não se perde de mira o contexto de edificação da norma constitucional, tornando-a efetiva e sólida, conceitos caros ao constitucionalismo que, em princípio, pugna por longevidade e permanência contribuindo para a estabilidade das relações jurídicas e sociais.

> Segundo esta regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma de seu conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes (MENDES, 2008, p. 114).

Por fim, porém não menos importante, destaca-se como critério de interpretação constitucional o princípio da máxima efetividade, conceito muito estimado por toda a gama de direitos individuais e sociais incorporados no texto da Constituição brasileira de 1988, tendo em vista que, numa inspiração neoconstitucionalista, não basta vê-los inscritos no texto normativo, mas é necessário que sejam efetivados no dia-a-dia social com a maior amplitude possível. Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal vem abraçando importantes causas com a materialização do princípio da efetividade, como por exemplo, reconhecendo que normas constitucionais programáticas também vinculam o administrador público[3] opondo-se a retrocessos sociais e o reconhecimento de que o direito à saúde (preceito fundamental) pode ser demandado a qualquer das esferas de poder[4], visando tornar efetivo o disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

A intepretação da norma constitucional deve visar um resultado que lhe imprima maior carga de eficácia jurídica e social possível.

> Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos a predispostos a interpretações expansivas (MENDES, 2008, p. 118).

Neste contexto de concretização de direitos insertos no texto constitucional, merece especial consideração a efetivação dos direitos humanos fundamentais (da personalidade) tão bem representados na dignidade da pessoa humana, enquanto núcleos essenciais de preservação de um Estado Democrático de Direito. Como características carregadas de conceitos muito sólidos e duradouros, como a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a irrenunciabilidade,

---

[3] ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.
[4]RE 855.178 RG, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *DJE* de 16-3-2015, Tema 793.

ocupam a posição de portos fundantes para a manutenção do equilíbrio social e da estabilização das relações democráticas.

## 5 A ATEMORIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Na companhia do neoconstitucionalismo propõe-se a revisão dos conceitos e da aplicação das regras e princípios e, conforme indicado alhures, uma reinterpretação das normas constitucionais numa visão contextual, harmônica, axiológica, efetiva e concretizadora. Nesse ambiente abre-se uma gama de possibilidades para o exercício da atividade criativa do direito, caminho no qual muitos alertam para a ameaça ou risco do chamado ativismo judicial num cenário pós-positivista.

Advirta-se que as garantias de imparcialidade e independência do juiz, enquanto corolários de legitimação da atividade jurisdicional ao lado da imposição da motivação das decisões judiciais, pode em si representar uma utopia, vez que é inerente ao processo de interpretação o proceder com uma atividade criativa. Calha aqui o alerta proclamado por Calamandrei (2000, p. 245), quando observa que:

> Entretanto, mesmo que o juiz pudesse esquecer, enquanto julga, suas opiniões e sua condição pessoal, sempre teria o dever, para aplicar fielmente a lei, de interpretá-la. Mas interpretá-la quer dizer remontar à ratio de que nasceu, isto é, substancialmente, à inspiração política que circula nela e a torna socialmente atual. O que leva a considerar que, em toda interpretação jurídica, há cerca margem de opinião política. Na realidade, porém, é difícil que o juiz, ao interpretar a lei (o que significa repensá-la e fazê-la reviver nele), consiga distanciar-se de si mesmo, a ponto de não introduzir em seu julgamento, mesmo sem perceber, suas opiniões políticas, sua fé religiosa, sua condição econômica, sua classe social, suas tradições regionais ou familiares, até mesmo seus preconceitos e suas fobias.

Neste ponto é relevante a busca por uma conceituação do ativismo judicial, o que pode ser obtido com facilidade a partir da interpretação de Elival da Silva Ramos (2010, p 70), quando destaca:

> [...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

As características deste movimento intitulado de ativismo judicial são também enumeradas por Luís Roberto Barroso (2009, p. 6), nos seguintes termos:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nesta conjuntura neoconstitucional de revisão de valores numa busca sincera de efetiva materialização de direitos fundamentais, seja em face dos vazios e omissões legislativas ou do entorpecimento e da imobilidade executiva que culminam por tornar letra morta os preceitos mais vigorosos de instituição de direitos e garantias fundamentais insertos em textos constitucionais e legais; é compreensível que findem por desaguar no Poder Judiciário as demandas por efetividade destes valores. Neste desiderato, cabe ao Estado/Juiz, no pleno exercício da atividade jurisdicional, transpor da condição de mero chancelador e aplicador do direito positivo, atuando como parte integrante do núcleo de co-participação na formação do direito. Essa postura é severamente criticada por uma parcela considerável da comunidade jurídica e acadêmica que vislumbra nestas novas funções, uma fissura no sistema de repartição de poderes, prenunciando uma crise, ainda que potencial.

Numa análise perscrutada da polêmica que envolve o chamado ativismo judicial, contrapondo os limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política, Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 37-58), invocando estudos de Schlesinger e Kmiec, destaca que:

> [...] são os conflitos internos que o ativismo judicial termina produzindo:
> • Juízes não eleitos *vs.* leis democraticamente aprovadas;
> • Decisões orientadas politicamente *vs.* decisões orientadas juridicamente;
> • Uso criativo do precedente *vs.* uso estrito do precedente;
> • Supremacia da vontade popular *vs.* direitos humanos;

Não é demais lembrar que, emparelhado com a sociedade o direito também evolui, se aperfeiçoa. Todavia, por vezes, também se deteriora e deturpa em razão de pensamentos e posições influenciadas pela doutrina, jurisprudência e concepções equivocadas de institutos criados ou meramente transpostos de outros sistemas normativos com os quais não guarda prefeito similitude. As regras processuais, que, da mesma forma, encontram fonte de inspiração constitucional, determinam o dever de motivação da decisão judicial como sua fonte primeira

de legitimação. Assim sendo, é permitido afirmar que não exclusivamente a Corte Constitucional interpreta e aplica a Constituição, mas também o magistrado que atua nas instâncias singelas. Dentre as regras do jogo processual, o julgador tem a atribuição de assegurar o maior grau de efetividade aos direitos fundamentais e da personalidade que, conforme destacado, ostentam eficácia nas relações ativas e passivas estatais e privadas.

E efetivar direitos fundamentais também implica em, interpretando o texto constitucional, se imiscuir em pontos sensíveis como o mérito administrativo, as políticas públicas e as opções orçamentárias, o que não refoge de uma atividade eminentemente política, posto que

> Diante da clareza do texto constitucional, o juiz não pode recusar a escancarada verdade: a constatação de que está fazendo política. Evidente que não é política partidária, a cuja atividade não pode dedicar-se o juiz brasileiro. Mas é a política resultante da incursão nunca antes admitida em temas sensíveis à condução da política nacional. Em outros termos: ocorre no Brasil o fenômeno já detectado em outros Estados-nação e conhecido por judicialização da política ou politização da justiça (NALINI, 2009, p. 306-307).

Também dissecando o a temática do intitulado ativismo judicial a partir da análise dos poderes instrutórios do juiz, José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 13), citando Cândido Rangel Dinamarco, observa que:

> Evidentemente, existem normas que não correspondem à vontade da sociedade. Nessas hipóteses, cabe ao juiz atuar "como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico." Isso não significa, porém, que seja ele legislador: Tanto como o legislador ele é agente estatal e em missão de decidir segundo as escolhas da sociedade.

Seja por invocação neoconstitucional ou compelido pelas transformações sociais e políticas, não há mais espaço para uma atuação judicial meramente passiva, inquisitiva e positivista em vista da publicização das relações sociais, levadas cada vez mais em escala industrial à apreciação judicial, a demandar também soluções coletivamente construídas. Em referência a esta tendência massificadora que exige uma magistratura ativa, Cappelletti (1989) já indicava na clássica obra onde que se propôs a discutir a responsabilidade social, política e jurisdicional do juiz que:

> Essas características do moderno direito legislativo trazem consigo, obviamente, a necessidade de um ativismo judicial mais acentuado do que em outras épocas: fato, esse, seguidamente descurado pelos críticos de tal

> ativismo. [...] para dar-se conta de que profunda metamorfose teve ou está tendo lugar, não apenas no campo dos conceitos e das estruturas tradicionais do *judicial process*, mais igualmente no próprio papel do juiz moderno (CAPPELLETTI, 1989, p. 22-23).

A responsabilidade judicial pela efetivação de direitos e garantias fundamentais, no cenário individual ou coletivo e especialmente massificado, pressupõe uma atuação judicial que não se mantenha vinculada ao estritamente positivado, mormente porque, é também direito fundamental a fruição de um processo judicial que observe, além do devido processo legal, passando pelo contraditório e a ampla defesa; uma razoável duração do feito, com os meios e recursos necessários à sua concretização.

Com a maestria que lhe identifica, quando do julgamento da constitucionalidade da intervenção judicial no enfrentamento das opções políticas adotadas pelo Estado que afetam direitos fundamentais – em discussão estava a possibilidade de imposição ao Município de Santo André-SP, do dever de disponibilização de creches naquela localidade – na efetivação do direito fundamental à educação, o Ministro Celso de Mello[5] assim combateu a espinhosa discussão:

> Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Como em muitas outras circunstâncias, aqui se vê a relevância da aplicabilidade direta e a eficácia imediata do direito fundamental assegurado pelo texto constitucional. E a prerrogativa da independência no exercício da jurisdição e o dever de motivação das opções escolhidas, conferem legitimidade a uma atuação ativista do membro do Poder Judiciário em suas diversas instâncias.

## 6 CONCLUSÃO

[5] REext 436.990-6, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/10/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076.

De tudo quanto aqui se analisou, resta nítida uma mudança substancial de paradigma social que, se por um lado pode ser imputada ao processo natural de evolução social, por outro, não deixa de inspirar uma sincera revisão de posições e posturas especialmente do poder judiciário, no exercício de sua função maior de interpretar o texto normativo constitucional e impingir-lhe o maior grau de efetividade possível. Calha destacar que o significado a ser dado à norma, deve ser aquele que mais se aproxima do critério de justiça adotado pelo pacto fundante do prenunciado Estado Democrático de Direito. Implementar uma sociedade que tem por fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político; requer vigor e irreverência na consubstancialização e interpretação de valores estampados em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ainda que inspiradas em conceitos jurídicos abertos e, em princípio, indeterminados.

Conceitos jurídicos abertos e princípios que orientam a interpretação da normatividade constitucional, estão postas a serviço da efetivação dos mais caros princípios de garantia dos direitos fundamentais. Não vulnera nem usurpa as demais funções estatais. Ao contrário, contribuem para a ampliação dos legitimados ao exercício de tais preceitos, inclusive o próprio ente, na medida em que o orienta na consecução dos seus propósitos a partir de uma linha mestra que conduz aos objetivos maiores do Estado Democrático de Direito vigente.

O neoconstitucionalismo vem agregar valor a este movimento de implementação efetiva da força normativa da Constituição que, ao propor a identificação de novas perspectivas, marcam o início de um novo direito constitucional. É preciso considerar que não é exclusivamente do voto popular direto e das leis aprovadas por maiorias imbuídas dos mais diversos interesses, que advém a legitimidade da atuação estatal. Séculos de história demonstram que numa concepção estritamente positivista, fazia-se um apelo ao Estado/juiz para garantir a aplicabilidade da lei. Hoje se faz um apelo ao juiz para se proteger contra o arbítrio da lei. Conforme destaca Cappelletti (1999, p. 100) também em outra inveterada obra:

> Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser tão facilmente desviado pelos legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

Conforme se pode inferir, não é recente a contraposição entre a legitimidade legislativa à jurisdicional, nem tampouco da função executiva e de julgamento. Inobstante, não faltam indicativos de inoponibilidade destes argumentos, em vista dos valores democráticos e da função promotora dos direitos e garantias fundamentais em face de todos. Sem desconsiderar a vigorosa onda de promoção do descrédito na instituição jurisdicional, em complemento, desde o rigoroso processo de seleção dos membros da magistratura, até o controle social e administrativo levado a cabo por diversos órgãos e entidades, dentre elas as Corregedorias e o Conselho Nacional de Justiça[6], tudo isso contribui para a legitimação da manifestação processual do Estado/Juiz. Além disto, não é recente o propalado sistema de freios e contrapesos, na forma idealizada pelo Barão de Monstesquieu (2007), incorporado na dogmática brasileira e que também coopera com o processo de reconhecimento da conformidade da intervenção judicial com o Estado Democrático de Direito.

Neste quadro, o neoconstitucionalismo coopera com o caráter ativista da atuação jurisdicional, construindo modelos de soluções que ampliem a efetividade da proteção e promoção de direitos fundamentais e da personalidade, alcançados à custa de muitas batalhas que não podem ficar submetidas ao alvitre dos poderes redundando em meras promessas ou recomendações irrepreensíveis.

## REFERÊNCIA


BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 29 Mar. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**: 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.


[6] No exercício das respectivas atribuições, até mesmo a manifestação dos integrantes do Poder Judiciário, além de diversos instrumentos como a LOMAN e o Código de Ética da Magistratura (aprovada da 68ª oitava Sessão Ordinário do CNJ, em 06/08/2008, decorrente da discussão no processo n.º 200820000007337) já foi normatizada pelo CNJ, conforme se observa do Provimento n.º 71/2018, que dispõe sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais. Disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura> e <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>. Acesso em: 09 dez. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

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

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito GV,** v. 11, n. 2, São Paulo, July/Dec. 2015, São Paulo: SciELO, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200649&lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre-RS: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LYNCH, Cristian Edwuard Cyril; MENDONÇA, e José Vicente Santos. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis,** v. 8, n. 2, Rio de Janeiro, Apr/June 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lang=pt>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas-SP: Millennium Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. **Civilística**. a. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Sarlet-civilistica.com-a.-1.n.1.2012.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

SPAREMBEERGER, Raquel Fabiana Lopes; PODOIN, Fabiana Fachinetto. A (re)construção das relações jurídicas privadas em face do neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v. 7, m. 2, p. 445-460, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/577/494>. Acesso em: 29 mar. 2019.

STF. Superior Tribunal Federal. **Informações 2007**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 27 mar. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política. **Revista Direito GV 15,** São Paulo. Jan-jun 2012, p. 037-058. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: dez. 2018.