

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E
MOVIMENTOS SOCIAIS I**

ADRIANA FASOLO PILATI

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

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

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

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

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

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

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

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

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

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

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

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

Secretarias

Relações Institucionais:

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

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

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

Comunicação:

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

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

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

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

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

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-838-7

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Democracia e Movimentos Sociais. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I

Apresentação

Apresentação

O XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA, foi realizado em parceria com a Universidade de Buenos Aires (UBA), tendo como temática central “Derecho, democracia, desarrollo e integration”. Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e os desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, sempre utilizando o espaço presencial.

Sob a coordenação das professoras Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNIRIO /UNIGRANRIO), e Adriana Fasolo Pilati (Universidade de Passo Fundo) o GT DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I proporcionou sua contribuição ao evento, com exposições orais e debates caracterizados pela atualidade e originalidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

A demarcar-se que a multiplicidade de olhares em torno das temáticas abordadas tornou o encontro dinâmico, produtivo, agradável e de especial riqueza como contributo para a produção do conhecimento.

Eis os trabalhos apresentados:

(I)LEGITIMIDADE ATIVA DO CIDADÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM MODELO PROCESSUAL COLETIVO PARA O ACESSO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NÔMADES - Barbara Campolina Paulino , Ana Júlia Alcântara de Souza Pinheiro , Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

A (IN)EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA PENAL NO BRASIL - Márcia Haydée Porto de Carvalho , Aline Acássia da Silva Sales

A ESFERA PÚBLICA DE HABERMAS NA ERA DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS: DESAFIOS PARA A DEMOCRACIA - Gabriela Oliveira Freitas , Carolline Leal Ribas , Maria Cláudia Viana Hissa Dias do Vale

A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO E SEUS ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS - Andrine Oliveira Nunes

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À CIDADE PARA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA E DEMOCRACIA PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA - Suelen Maiara dos Santos Alécio , Ivan Dias da Motta

A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DE UMA ANÁLISE DA TEORIA DA LUTA POR RECONHECIMENTO - Gabriela Oliveira Freitas , Ana Paula Cardoso E Silva

A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO FORMA DE COMBATE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS NO DIREITO PENAL ECONÔMICO - Barbara Campolina Paulino , Pablo Augusto Gomes Mello , Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

ANÁLISE SOBRE O ASSÉDIO SEXUAL DENTRO DAS UNIVERSIDADES NO BRASIL: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA NO ÂMBITO DO DIREITO - Karyta Muniz de Paiva Lessa , Ivan Dias da Motta

ARQUITETURA HOSTIL E APOROFOBIA: CONSTRUÇÃO DA EXCLUSÃO - Juliana Mayer Goulart , Juliana Tozzi Tietböhl , Rosane Teresinha Porto

CANDIDATURAS COLETIVAS: ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E A MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - Dorival Assi Junior , Clodomiro José Bannwart Júnior

CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL: REFLEXÕES A RESPEITO DA TENDÊNCIA NEONACIONALISTA E SEU DIÁLOGO COM O FASCISMO - Guilherme Marques Laurini , Joao Victor Magalhaes Mousquer

DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E REDES SOCIAIS: INDETERMINAÇÃO E CONFLITO COMO PANO DE FUNDO ÀS RECENTES PROPOSTAS REGULATÓRIAS - Ariel Augusto Lira de Moura , Gabriel Dil

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A MULHER: EM QUESTÃO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABORTO LEGAL NO

BRASIL - Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann , Oswaldo Pereira De Lima Junior , Luana Cristina da Silva Lima Dantas

ESTADO DE EXCEÇÃO? A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO SIMULACRO DA OLIGARQUIA DO CAPITAL - Guilherme Marques Laurini , Joao Victor Magalhaes Mousquer

EXISTE JUSTIÇA AMBIENTAL PARA OS VULNERÁVEIS? CASOS DE DESASTRES AMBIENTAIS NO BRASIL QUE QUESTIONAM A DEMOCRACIA - Cristiane Feldmann Dutra , Gil Scherer , Bruna Guerreiro De Nardin

JUSTIÇA GRATUITA NO BRASIL E NA ARGENTINA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES - Maria José Carvalho de Sousa Milhomem , Márcia Haydée Porto de Carvalho , Fernanda Milhomem Barros

NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA - Adriana Fasolo Pilati , Francineli Ferri Salvini

O CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO ELABORADO PELA CORTE IDH COMO DISCURSO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS: CONSEQUÊNCIAS PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS - Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira , Andre Pires Gontijo

PINÓQUIO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TEMPOS DE PÓS-VERDADE: REFLEXÕES ACERCA DO CONCEITO DE DESINFORMAÇÃO - Clodomiro José Bannwart Júnior , André Pedroso Kasemirski

PREMÊNCIA DO DIREITO HUMANO AO ACESSO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: COMO FORMA DE DIGNIDADE E AUTONOMIA AOS IMIGRANTES NO BRASIL. - Cristiane Feldmann Dutra

NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NEOCONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

Adriana Fasolo Pilati ¹
Francineli Ferri Salvini ²

Resumo

O presente artigo pretende explicar algumas ideias acerca do modelo neoconstitucionalista, iniciando por sua origem e conceito, passando às suas características principais, como rigidez constitucional; garantia jurisdicional da constituição; força vinculante da Constituição; sobreinterpretação da Constituição; aplicação direta das normas constitucionais; interpretação conforme as leis; e influência da Constituição sobre as relações políticas. Após, adentra-se na análise da possível tensão entre neoconstitucionalismo e democracia, citando-se a teoria da tripartição dos poderes e o fenômeno do ativismo judicial. Por fim, faz-se um exame acerca dos principais métodos utilizados pela nova doutrina, abordando-se a importância do caráter normativo dos princípios e a ponderação como técnica de interpretação. O método utilizado no presente trabalho é o dedutivo. Por fim, através do método dedutivo, conclui-se que a possível tensão entre neoconstitucionalismo e democracia é afastada contanto que o julgador se valha de técnicas racionais e metodológicas, dando-se especial destaque à técnica da ponderação, e não apenas baseado nas suas convicções pessoais, de forma que a argumentação jurídica lançada na decisão seja suficiente para estancar qualquer subjetivismo jurídico.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Democracia, Força normativa dos princípios, Neoconstitucionalismo, Ponderação de princípios

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to explain some ideas about the neoconstitutionalist model, starting with its origin and concept, moving on to its main characteristics, such as constitutional rigidity; jurisdictional guarantee of the constitution; binding force of the Constitution; overinterpretation of the Constitution; direct application of constitutional norms; interpretation according to the laws; and influence of the Constitution on political relations. Afterwards, it analyzes the possible tension between neoconstitutionalism and democracy, citing the theory of the tripartition of powers and the phenomenon of judicial activism. Finally, an examination is made of the main methods used by the new doctrine, addressing the importance of the normative nature of the principles and weighting as an interpretation technique. The method used in this work is deductive. Finally, through the deductive method,

¹ Docente FD/UPF; docente PPGD/UPF; Doutora em Direito/UFSC. Artigo realizado na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. E-mail: apilati@upf.br.

² Mestre em Direito pelo PPGD/UPF. E-mail: francineli13@yahoo.com.br.

it is concluded that the possible tension between neoconstitutionalism and democracy is removed as long as the judge makes use of rational and methodological techniques, giving special emphasis to the technique of weighting, and not just based on his convictions personal, so that the legal arguments launched in the decision are sufficient to stop any legal subjectivism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Democracy, Normative force of principles, Neoconstitutionalism, Weighting of principles

1 INTRODUÇÃO

Neoconstitucionalismo, pós-positivismo ou constitucionalismo contemporâneo é uma linha de pensamento responsável por ressignificar a importância do texto Constitucional, colocando-o em posição de destaque, primeiro nos países europeus e, em meados do século XIX, estendendo-se aos países da América Latina. Foi incorporada aos debates brasileiros a partir da grande difusão da chamada “trilogia neoconstitucional”, isto é, três coletâneas de artigos editadas pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, que lançariam indicações da base conceitual dessa nova matriz teórica.

Anteriormente, a Constituição era vista como um documento estritamente de cunho político, uma vez que destituída de caráter normativo, não possuía efetividade imediata.

Destarte, cumpre rememorar que sobre a égide do positivismo jurídico, o direito era comparado à lei, não havendo qualquer garantia constitucional que respaldasse os direitos fundamentais, o que deu azo ao cometimento de diversas atrocidades por parte dos poderes constituídos, fundamentado estritamente na legalidade.

Assim, a partir do século XIX, a nova teoria dota a norma constitucional com efetividade máxima, no sentido de que os direitos e garantias fundamentais, antes relegados ao segundo plano, adquirissem proteção e mecanismos que possibilitassem a sua real concretização.

No Brasil, o fenômeno jurídico é inaugurado com a Constituição Federal de 1988, pós-período ditatorial (de 1964 a 1985), onde se imperou a censura e a restrição aos direitos fundamentais e sociais.

Com efeito, para acompanhar a evolução de uma sociedade cada vez mais heterogênea e plural, com aumento significativo da judicialização, foi necessário abandonar o positivismo jurídico tradicional, que vinha se mostrando ineficiente, e passar a adotar novos métodos de interpretação como a ponderação, dando especial ênfase aos princípios constitucionais.

Dessa forma, o artigo que se segue pretende demonstrar, em um contexto geral, o fenômeno do neoconstitucionalismo e suas especificidades, a sua importância na efetividade dos direitos humanos, abordando-se questões relevantes como o ativismo judicial e a força axiológica dos princípios, bem como os limites que o intérprete deve observar para não ferir o regime democrático.

2 Neoconstitucionalismo: considerações iniciais

O pensamento neoconstitucionalista teve origem na Europa, após a segunda guerra mundial (1939 a 1945).

A título de exemplo, o Tribunal Constitucional Alemão (1951), amparado na Constituição Alemã de 1949, foi responsável por grande produção teórica e jurisprudencial acerca desse novo modelo de interpretação constitucional, acarretando um avanço científico para os demais países europeus, cuja tradição jurídica era a romano-germânica, ou *civil law*, pautada na codificação, na supremacia da lei como fonte primordial.

Na América Latina, ganha força a partir do século XXI, com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). No Brasil, o marco histórico é a promulgação da Constituição Federal de 1988, produto da redemocratização do país, após o período ditatorial (1964 a 1985).

Embora seja possível observar os primeiros contornos do movimento neoconstitucionalista no período pós-guerra, o vocábulo “neoconstitucionalismo” começa a aparecer com essa denominação na Itália e na Espanha, especialmente a partir da circulação da obra organizada pelo jurista Miguel Carbonell, intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”. Para o autor,

o constitucionalismo contemporâneo tem definido seus traços característicos, nos últimos anos, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial. São exemplos desse tipo de Constituições os textos fundamentais da Itália (1947) e Alemanha (1949) primeiro e de Portugal (1976) e Espanha (1978) depois. No entanto, desde então o constitucionalismo não tem permanecido como modelo estático, e sim que tem evoluído em muitos sentidos. (CARBONEL, 2003).

O vernáculo “neoconstitucionalismo”, apesar de mais habitual, costuma ser também denominado de pós-positivismo ou constitucionalismo contemporâneo, dentre outras terminologias.

Para Miguel Carbonel (2009, p. 09), o neoconstitucionalismo é plural no sentido de que pode tratar dos fenômenos evolutivos que impactaram no paradigma do Estado

Constitucional e da Teoria do Direito que em passado recente propôs ou deu conta dessas mudanças.

Para Daniel Sarmento não é tarefa simples definir o neoconstitucionalismo, pois a base teórica que o enseja é heterogênea, de forma que se trata de diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, as quais só podem ser agregadas em uma mesma linha por terem alguns denominadores comuns; por efeito, há um comprometimento na precisão do conceito (2009, p. 33).

Uma excelente visão da nova teoria nos é trazida por Roberto Viciano Pastor, no texto escrito para as memórias do encontro internacional do novo constitucionalismo: desafios para o século XXI, onde ressalta que “o novo constitucionalismo busca analisar, em um primeiro momento, o fundamento da constituição, ou seja, sua legitimidade”. (2010, p. 18).

Miguel Carbonell (2009), por sua vez, analisou o neoconstitucionalismo em três planos: textos constitucionais, práticas judiciais e teorias constitucionais, porquanto se introduziram elementos substancialistas nas Cartas Magnas, os operadores do direito se socorrem cada vez mais de abordagens principialistas e metodologia mais aberta, principalmente a partir da ponderação, e os teóricos formulam modelos constitucionais em busca da compreensão dos fenômenos evolutivos do direito como também são participantes.

Já Luis Roberto Barroso (2007, p. 205) define o neoconstitucionalismo a partir de três marcos: histórico, filosófico e teórico. Como marco histórico, é a formação do Estado constitucional de direito. Como marco filosófico, identifica o pós-positivismo. Como marco teórico, três fatores, quais sejam, força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e uma nova interpretação constitucional. (

Daniel Sarmento (2009, p. 21) busca por uma definição salientando o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito, com a rejeição ao formalismo e adoção de metodologia mais aberta; a constitucionalização do Direito com a reaproximação entre o Direito e a Moral, e judicialização da política e das relações sociais.

Com efeito, o novo constitucionalismo defende que a Carta Constitucional deve gerar mecanismos idôneos para que os cidadãos possam participar ativamente na condução da política de Estado, de modo a tornar efetivos os direitos fundamentais, dos quais eles – os cidadãos – são os reais destinatários.

Referida teoria propõe que mais do que eleger uma nova Carta Constitucional, os cidadãos, com exclusividade, devem deter o poder de participar diretamente da sua

modificação, pois a história nos mostra que por muito tempo as Constituições refletiram e favoreceram os objetivos das elites.

De outro ponto, por ser um modelo relativamente novo e por ser muito amplo, as características do neoconstitucionalismo não encontram unanimidade na doutrina.

Bem por isso, adotaremos aqui as características trazidas por Ricardo Guastini (2009, p. 43), quais sejam: a) rigidez constitucional; b) garantia jurisdicional da constituição; c) força vinculante da Constituição; d) sobreinterpretação da Constituição; e) aplicação direta das normas constitucionais; f) interpretação conforme as leis; e g) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Por rigidez constitucional, entende-se a existência de uma Constituição escrita, a qual ocupa um espaço de destaque no ordenamento jurídico, com a imposição de limites à alteração do seu texto.

Já a garantia jurisdicional da constituição, pressupõe a existência de um Tribunal Constitucional, estranho aos três poderes do Estado, com competência para apreciar a constitucionalidade das leis.

A força vinculante da Constituição deriva do reposicionamento das fontes do direito, onde se coloca a carta maior como fonte hierarquicamente superior a ser observada.

Essa característica é de extrema importância para a doutrina neoconstitucionalista, já que é ela que abre espaço para a aplicação direta da Constituição (outra característica do neoconstitucionalismo). Partindo da premissa de que o legislador não consegue prever todas as hipóteses de subsunção da norma, é através da força normativa da Constituição que o intérprete pode decidir o caso concreto através da aplicação dos princípios constitucionais, por meio da técnica denominada ponderação, advindo daí o protagonismo judicial.

De outro ponto, a sobreinterpretação da Constituição significa a extensão da constituição a todos os espaços vazios do ordenamento, de forma que a matéria não prevista em uma regra específica encontre na Constituição um mínimo de regulação.

A interpretação conforme as leis é uma característica de extrema importância, pois possibilita que qualquer Tribunal ou Juiz que detenha competência constitucional aprecie a compatibilidade de uma lei com uma Constituição, de modo a retirá-la do ordenamento jurídico acaso haja esse conflito.

Por fim, a influência da Constituição sobre as relações políticas é um dos principais argumentos do neoconstitucionalismo, pois uma vez instaurada a crise de representatividade no Poder Legislativo, é o Poder Judiciário que busca reequilibrar a crise gerada pela lei.

3 Tensão entre democracia e neoconstitucionalismo: tripartição dos poderes e ativismo judicial

Constantemente vem à tona a discussão acerca de uma possível tensão entre a teoria neoconstitucionalista e o regime democrático e isso é perfeitamente compreensível.

Isso porque, antes de 1945, vigorava nos países europeus um padrão de supremacia do Poder Legislativo, caracterizado pela hierarquização e separação rígida entre os três poderes do Estado.

Nesse aspecto, as funções estatais eram definidas por um critério eminentemente orgânico, ou seja, de acordo com o órgão da qual provinha, e não por sua própria natureza (MOLLER, 2011, p. 210).

Por ser o detentor da produção de leis, fonte hegemônica do direito à época, o Poder Legislativo não encontrava limites, sejam materiais ou formais, mas restringia a atuação dos demais poderes.

Todavia, esse período de exaltação às qualidades da lei, pouco a pouco, vai sendo desconstituído, especialmente quando os cidadãos começam a perceber que a atividade legiferante, que deveria ser expressão neutra e natural da vontade geral, representa primordialmente a vontade da classe política, gerando uma crise de representatividade, o que se denominou de “crise da lei”.

Assim, a partir do surgimento da corrente neoconstitucionalista, esse padrão de supremacia do Poder Legislativo se altera, propondo-se uma relação não hierarquizada entre os três poderes, mas de equilíbrio, igualdade, onde as interrelações confluem para alcançar o bem comum. Tal sistema é conhecido como *check and balances* (freios e contrapesos).

De acordo com essa perspectiva, a posição de supremacia da Constituição acarreta um reequilíbrio entre os três poderes estatais, que transferem a submissão estrita da lei para a submissão à Constituição.

Contudo, não se deve supor que a Constituição substituiu a lei, a qual ainda exerce um importante papel na regulação das relações sociais, mas sim que a norma deve se submeter à Carta Constitucional, se adequando aos limites formais e matérias nela previstos.

No entanto, nem todos entendem assim, defendendo alguns estudiosos que o protagonismo de um poder sobre os demais continua existindo, entretanto, agora é o Poder

Judiciário que assume posição de destaque. E é dessa conclusão que surge o argumento de tensão entre a nova teoria e a democracia.

Mas será o regime democrático verdadeiramente incompatível com a doutrina neoconstitucionalista? Essa questão só poderá ser respondida após discorreremos, ainda que brevemente, acerca do fenômeno do ativismo judicial.

Conforme analisado anteriormente, o Poder Judiciário assumiu, a partir da doutrina neoconstitucionalista, uma conduta expansiva e proativa, com crescente controle normativo sobre as decisões políticas tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

A nova realidade que se instaurou repercute de forma decisiva na ideia de democracia, posto que os juízes não possuem legitimidade democrática, ou seja, não são eleitos pelo povo, ou seja, nos termos do neoconstitucionalismo como teoria do direito, adota-se uma metodologia mais aberta, dada pela aproximação necessária entre Direito e Moral, via argumentação jurídica. Nessa linha, a lógica da ponderação de princípios sobrepõe-se no cotidiano judiciário à subsunção de regras, o que resulta em alguns conflitos.

Primeiramente, lembrando que a Constituição brasileira vigente, conforme anota Humberto Ávila (2009), é um sistema de regras e princípios, há preponderância quantitativa de regras e de matérias remetidas ao legislador ordinário. Disso resulta um problema científico e outro metodológico em operar a Constituição como se ela fosse essencialmente principiológica, “já que não há corroboração na linguagem-objeto que procura se descrever e os princípios não são qualitativamente ou quantitativamente mais expressivos do que as regras na ordem jurídica brasileira”. Para esse jurista, “caso se adote uma máxima neoconstitucionalista de que toda interpretação é constitucional, de maneira que em toda questão jurídica o intérprete deveria saltar do plano legal para o constitucional, o que por sua vez ensejaria a ponderação, esta adotada como critério geral de aplicação do direito”.

E é exatamente essa questão que geraria um conflito, pois resultaria em um anti-escalamento da ordem jurídica e o aniquilamento das regras e princípios democráticos por meio da função legislativa.

Por anti-escalamento da ordem jurídica, trata-se de uma constitucionalização total do ordenamento em que todos os vários níveis de concretização normativa se achatariam somente no nível constitucional. Já, por aniquilamento das regras e princípios democráticos por meio da função legislativa, entende-se a perda do âmbito normativo do Legislativo em prol do Judiciário. Sendo assim, há dois paradoxos envolvidos: a interpretação, centrada nos princípios

constitucionais que viola três princípios fundamentais, quais sejam, democrático, legalidade e separação de poderes; e a insignificância da supremacia constitucional, pois privilegiá-la em excesso gera sua eliminação, quer dizer, os outros níveis hierárquicos são tão insignificantes ou mesmo inexistentes, que a Constituição não é referência superior a outros níveis normativos.

Humberto Ávila aponta ainda que a norma perde sua imperatividade e figura como uma categoria que pode ser considerada e se considerado, pode ou não servir de orientação da conduta, dado que o ponderador é o destinatário da norma, logo não há critérios definidos e antecipados ao processo de ponderação. O direito perde seu caráter heterolimitador, porque é o ponderador quem guia sua conduta:

É preciso dizer, no entanto, que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização do Direito, à desconsideração das regras (constitucionais e legais), à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo. O que provoca essas conseqüências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para uma decisão, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas. (ÁVILA, 2009, pp. 194-195)

A partir dessas considerações, percebe-se que a fundamentação das decisões ganha enorme peso na discussão, como também a natureza bifronte dos princípios, quer dizer, ao mesmo tempo em que eles concedem maior discricionariedade aos juízes, também exigem uma maior.

Para melhor exposição do tema, torna-se mister trazer uma abordagem do fenômeno denominado de “ativismo judicial”.

Sobre o surgimento da expressão ativismo judicial, Luiz Flávio Gomes destaca:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos (2009).

Luís Roberto Barroso, conceitua ativismo judicial como sendo uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (2008).

Daí se extrai que, diante da omissão ou da insuficiência do atuar dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário implementa, por meio de suas decisões, os direitos que deveriam ser assegurados pelos demais poderes da república.

Entretanto, referida postura não poderá, de forma alguma, desrespeitar as competências estabelecidas constitucionalmente aos demais poderes. Exemplo clássico e crescente dessa conduta indesejada e antidemocrática, são os casos em que os juízes deixam de exercer o controle de legalidade/constitucionalidade e passam a substituir a decisão administrativa.

Quer-se com isso dizer que a ingerência do Poder Judiciário, especialmente na implementação de políticas públicas, sem atentar para questões de extrema importância, como

as leis orçamentárias, acarretam sérias consequências aos demais poderes, gerando o desequilíbrio das contas públicas.

É importante destacar que a ordem de implementação de um direito social favorecendo o interesse individual e não coletivo, emanada pelo Poder Judiciário, é extremamente dispendiosa aos cofres públicos, dados seus recursos limitados, ou seja, é impossível que se exija do Estado que todos os cidadãos tenham uma casa para morar, ou ainda que a rede pública forneça a todos o tratamento médico adequado.

É nesse sentido que se formulam as principais críticas ao ativismo judicial. Nas palavras do Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Max Moller:

Da mesma forma, no âmbito das políticas públicas, não são poucos os casos em que juízos de constitucionalidade acabam por transbordar o âmbito de controle da legalidade dos atos da administração pública, e ingressar na produção de mandamentos de fazer ou dar, sem que se considere sequer os meios para execução de tais ações.

Ou ainda mais grave, sem considerar as próprias limitações legais (e constitucionais) às quais está sujeito o administrador. (2011).

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715/SP (BRASIL, STF), fixou orientação no sentido de que embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de elaborar e executar as políticas públicas, é possível que o Poder Judiciário, ainda que excepcionalmente, diante da omissão daqueles poderes, implemente tais medidas.

Nessa conjuntura, a fim de resolver esse impasse – implementação dos direitos sociais *versus* orçamento público - é que surgiu a cláusula da reserva do possível. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos,

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por ele supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para

além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (2002).

Tudo isso considerado, não se descuida da importância do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais/sociais, frequentemente relegados pelos gestores públicos, contudo, tal ativismo deve ser feito mediante técnicas racionais, adiante explicitadas, e não apenas baseado nas convicções do julgador, dando a impressão de que assume uma tarefa para a qual não foi legitimado.

Evita-se, com isso, o desequilíbrio entre os três poderes, mantendo-se a lógica do regime democrático.

4 Principais métodos utilizados pela doutrina neoconstitucionalista

No escopo de conferir mais efetividade aos direitos fundamentais, especialmente a fim de atender uma sociedade que é cada vez mais heterogênea e que demanda uma atuação política e juridicamente, duas são as ferramentas que sobressaem na nova teoria: a forte presença dos princípios e a ponderação como técnica de interpretação.

Por princípios, trazemos a definição de Humberto Ávila, que ressalta a sua força axiológica (normativa):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2004, p. 70).

Com efeito, a partir do surgimento da nova doutrina constitucional, os princípios jurídicos migraram para a Constituição, passando a apresentar um caráter normativo e vinculante, voltados à consecução da justiça material.

Nessa conjuntura, é inegável que os princípios constitucionais se revestem de caráter normativo, sendo importante instrumento a fundamentar o processo de argumentação jurídica.

Conforme preleciona Sarmento,

os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético, abrindo-a para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma combinação baseada apenas em normas regras. [...] sem embargo, também seria inviável uma Constituição que se fundasse apenas sobre princípios, pois esta carregaria ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e imprevisível do que a das regras. É indispensável que, ao lado dos princípios, existam regras na Constituição, para que a abertura do sistema não destrua sua segurança e estabilidade (2008, p. 87).

Para Paulo Bonavides “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”. (2007, p. 288).

Nesta esteira, observamos que é o texto constitucional, dotado de diversos princípios, quem visa garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. A título de exemplo, trazemos como paradigma a Constituição Federal Brasileira de 1988, que é essencialmente principiológica: art. 5º, I (princípio da igualdade), II (princípio da legalidade), XXXV (princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional), dentre tantos outros.

De outro ponto, no que concerne à ponderação como técnica de interpretação, imperioso ressaltar que ela surge quando um mero juízo de subsunção se mostra ineficiente.

Referida técnica é uma extensão da força normativa dos princípios:

Em suma, o neoconstitucionalismo metodológico, consoante a contribuição de Robert Alexy, sustenta que os princípios constitucionais, ao consagrarem os direitos fundamentais, constituem

standards normativos que estabelecem uma ponte entre o direito e a moral. É necessário que o jurista ou o estudioso do direito assumam a perspectiva de um participante interessado em ingressar em uma argumentação jurídica e moral para que possa ter acesso à pretensão de correção formulada tanto pelas normas isoladas quanto pelo sistema jurídico como um todo. (DA SILVA, 2009, pp. 122-123)

Com efeito, a ponderação é uma técnica aplicada para casos concretos e complexos, onde frequentemente há tensão entre princípios, devendo o julgador, fundamentadamente, escolher qual deles tem mais peso e deva prevalecer.

Para Ana Paula de Barcellos, a ponderação pode ser definida da seguinte forma:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. (2008, p. 55).

A crítica que se faz à essa técnica de interpretação, é que se estaria franqueando aos juízes se utilizarem não apenas de argumentos principiológicos, mas políticos, eis que não há qualquer parâmetro limitador.

Um grande crítico da técnica da ponderação é o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau que aduz que “a ponderação entre princípios é pura expressão de

subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade”. (2009).

Observações contrárias à ponderação também são feitas por Humberto Ávila, ao consignar que “o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito”. (2009).

Com efeito, ao se utilizar da técnica da ponderação, erros e arbítrios podem ocorrer, contudo, ela é indispensável na novel fase constitucionalista, sob pena de se voltar ao período rígido do positivismo, inviabilizando-se a utilização dos princípios, que de forma alguma pode ser rígida, ante o seu caráter aberto e flexível.

De outro ponto, não se deve esquecer que a ponderação é uma técnica subsidiária, aplicada em casos complexos e, ainda, a necessidade de o intérprete elaborar decisões bem fundamentadas, embasadas em uma argumentação jurídica coerente.

Tudo isso é considerado, é possível se afirmar que há segurança na utilização da técnica da ponderação, contanto que aplicada de forma coerente e observando os limites traçados pela constituição, sob pena de o julgador descambar para a discricionariedade.

5 CONCLUSÃO

A teoria neoconstitucionalista, desenvolvida e construída no período pós-segunda guerra mundial (1939 - 1945), alterou substancialmente a aplicação da Constituição nos países europeus e, posteriormente, nos países latino-americanos, colocando as regras e princípios constitucionais em posição de destaque no ordenamento jurídico vigente.

Esse fenômeno trouxe inovações – no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 - considerando que positivou uma enorme gama de princípios, possibilitando assim a resolução de questões complexas e difíceis, as quais se tornariam inefetivas mediante a aplicação pura e simples da técnica da subsunção, adotada pelo positivismo jurídico, calcado essencialmente no princípio da legalidade.

Como visto, a sociedade moderna, cada vez mais heterogênea e plural, necessita que seus direitos fundamentais sejam implementados, pois por muito tempo eles ficaram relegados pelos poderes constituídos, dando azo a todo tipo de abusos.

É nesse contexto que se destaca a atuação proativa do Poder Judiciário, denominada de ativismo judicial, possibilitando que o intérprete atue onde há omissão e descaso por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, o que deu margem a que várias vezes se levantassem contrariamente a esse fenômeno sob a alegação de violação ao regime democrático, por interferência de um poder em outro.

No entanto, conforme se demonstrou no transcorrer deste trabalho, essa possível tensão entre neoconstitucionalismo e democracia é afastada contanto que o julgador se valha de técnicas racionais e metodológicas - dando-se especial destaque à técnica da ponderação - e não apenas baseado nas suas convicções pessoais, de forma que a argumentação jurídica lançada na decisão seja suficiente para estancar qualquer subjetivismo jurídico.

Em suma, não se pode negar a imprescindibilidade da adoção da doutrina neoconstitucionalista atualmente, sob pena de se inviabilizar a concretização dos direitos fundamentais, viabilizando, nesse sentido, uma mudança significativa no atuar dos juízes monocráticos e nos Tribunais, sempre obedecendo os limites traçados expressamente na Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 43-49.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 03 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 212-213.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. RE-AgR 410715/SP.** Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95128/false>>. Acesso em: 03 ago. 2023.

CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As Várias Faces do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina et alii. **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARBONELL, Miguel. **El Canon Neoconstitucional.** Madrid: Editorial Trotta, 2010.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. **20 anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2009.

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

CARBONELL, Miguel. **Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. STF – **ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p. A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 03 ago. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **O perigoso artifício da ponderação entre princípios**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios/>>. Acesso em: 03 ago. 2023.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid:Editorial Trotta, 2009, pp. 75-98.

MO

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria Da Constituição**. Salvador:JusPodivm, 2009, pp. 33-34.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SARMENTO, Daniel;SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 116-122.

VICIANO PASTOR, Roberto. **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo em América Latina**. 1ª ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.