

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

**DIREITO CONSTITUCIONAL II**

**JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS**

**NARA SUZANA STAINR**

**ZULMAR ANTONIO FACHIN**

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

C755

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Nara Suzana Stainr; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-764-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

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

CDU: 34



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

## **DIREITO CONSTITUCIONAL II**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

O CONPEDI, importante sociedade científica da área do Direito, tem sido, ao longo do tempo, um espaço privilegiado para pesquisadores de Direito e mesmo de ciências afins. Esse auspicioso espaço acadêmico tem se desenvolvido cada vez mais. Residentes em todos os quadrantes do Brasil, pesquisadores (docentes, mestrandos e doutorandos) têm confluído para esse espaço, apresentando suas pesquisas desenvolvidas ou em fase de desenvolvimento.

Neste sentido, nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, realizou-se na Universidade de Buenos Aires, na Argentina, o “XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires”. Sob a temática central “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración”, centenas de trabalhos científicos foram aprovados e apresentados oralmente, na forma presencial.

O GT “Direito Constitucional I” contou com inúmeros trabalhos de pesquisadores advindos de vários Programas de Doutorado e/ou Mestrado, localizados nas mais diversas regiões do Brasil. Após as apresentações, foram realizados debates, sempre envolvendo blocos de temas. Pode-se constatar que os debates foram tão enriquecedores quanto os textos apresentados.

Cumprindo suas missões institucional e científica, o CONPEDI publica os textos que, além de aprovados, foram também apresentados pelo(s) seu(s) autor(es), durante os 3 dias de realização do evento.

Ao tempo em que cumprimentamos a todos(as) os(as) autores(as), desejamos ótimas leituras!

Prof. Dr. Zulmar Fachin

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias”  
das Escola de Direito das Faculdades Londrina

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Prof. Dr. José Antônio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP – SP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor titular da graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca- SP. Advogado.

**DETENTORES DA ÚLTIMA PALAVRA: UMA ABORDAGEM  
PRINCIPIOLÓGICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O  
PODER SOBERANO DO POVO EM CONTRASTE ÀS DECISÕES JUDICIAIS**

**HOLDERS OF THE LAST WORD: A PRINCIPLED APPROACH TO  
CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND THE SOVEREIGN POWER OF  
THE PEOPLE IN CONTRAST TO JUDICIAL DECISIONS**

**Diego Alves Bezerra  
Rodrigo Cavalcanti  
José Orlando Ribeiro Rosário**

**Resumo**

Trata-se o presente trabalho de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental, que visa levantar um breve debate sobre a função do Supremo Tribunal Federal ante a teoria do constitucionalismo contemporâneo e sua legitimidade perante a soberania popular. Para isso, parte-se de uma análise dos conceitos mais básicos do constitucionalismo até o entrelaçamento com uma das vertentes da teoria constitucional contemporânea intitulada neoconstitucionalismo. O presente artigo científico objetiva demonstrar que a teoria neoconstitucional, após o advento da II guerra mundial, tem se tornado um ramo de aplicação do direito que merece atenção, ainda mais quando seus princípios e bases são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para validar suas decisões, o que finda por superar os antigos marcos positivistas, onde a regra positivada era o que determinava a jurisdição, passando-se a supervalorizar a interpretação do direito sob a égide dos princípios e da moral. Dessa feita, a importância do presente trabalho se deve a necessidade de reflexão atual quanto aos limites das decisões das cortes constitucionais, mormente quando tais decisões atingem diretamente questões sensíveis do povo e que não possuem lastros na vontade de seus legítimos interessados – o povo.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Decisão, Neoconstitucionalismo, Supremo tribunal federal, Positivismo

**Abstract/Resumen/Résumé**

This is a qualitative research work, carried out using a deductive method and a bibliographic and documentary technical procedure, which aims to raise a brief debate on the role of the Federal Supreme Court in the face of the theory of contemporary constitutionalism and its legitimacy in the face of popular sovereignty. . For this, it starts with an analysis of the most basic concepts of constitutionalism until the interweaving with one of the strands of contemporary constitutional theory called neoconstitucionalism. This scientific article aims to demonstrate that the neoconstitucional theory, after the advent of World War II, has become a branch of law that deserves attention, even more so when its principles and bases are used by the Federal Supreme Court to validate its decisions, which ends up overcoming the old

positivist frameworks, where the positive rule was what determined the jurisdiction, starting to overvalue the interpretation of law under the aegis of principles and morals. This time, the importance of this work is due to the need for current reflection on the limits of the decisions of the constitutional courts, especially when such decisions directly affect sensitive issues of the people and that do not have ballast in the will of their legitimate stakeholders - the people.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitucionalism, Decision, Neoconstitutionalism, Federal supreme court, Positivism

## INTRODUÇÃO

Corolário de inúmeras críticas, o neoconstitucionalismo tem se mostrado uma importante teoria em cujo berço se vislumbra o grande embate estabelecido entre a norma positivada e os princípios. Tal embate revela um caráter primário de preferência do aplicador do direito, pois, diferentemente do que vigorava na era do constitucionalismo moderno, a regra positivada tem cedido espaço para a hipervalorização principiológica, deixando margem à discricionariedade do julgador quando de suas decisões.

No Brasil, o constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo) ganhou musculatura a partir das contribuições acadêmicas e das reflexões trazidas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso. Bebendo de fontes Norte-Americana, o referido autor teceu relevantes comentários sobre a teoria neoconstitucional e sua incidência no Brasil. Contudo, como se verá, ferrenhas críticas foram erguidas em torno do tema e da posição do referido autor.

Nessa urdidura, objetiva-se por meio deste artigo, partindo-se da lógica de que o neoconstitucionalismo nada mais é que uma das vertentes do constitucionalismo contemporâneo, refletir sobre a incidência do neoconstitucionalismo no Supremo Tribunal Federal e nas suas decisões, bem como levantar questões pontuais e importantes sobre a teoria da ponderação dos princípios e a questão da incidência da moral no direito, como critério legitimador das funções da Corte Suprema na sociedade.

Dessa forma, diante das inúmeras mudanças quanto ao contexto social e político vivenciado no Brasil, entender a aplicação dessa teoria no direito nacional, em conjunto com as implicações que esta teoria poderia causar em uma decisão judicial, é de primaz importância para se estabelecer, ou não, uma previsão lógica de resultado, referente ao que se convencionou denominar de “segurança jurídica”.

Como forma de tentar entender a atuação da teoria do neoconstitucionalismo e sua aplicação no direito brasileiro, buscar-se-á demonstrar, por meio de uma análise reflexiva, baseada em estudo bibliográfico, que, embora o neoconstitucionalismo seja amplamente divulgado como “*neo*”, suas idéias centrais não são tão novas assim. Bem como que, devido à reabertura principiológica de conceitos e suas indeterminações, decisões judiciais estão relegando a lei devidamente vigente, com o claro intuito de favorecer bases morais que, não raro, estão em descompasso com os anseios e interesses sociais.

Isso posto, o pensamento e os comentários sobre o tema serão realizados da seguinte

forma: resumidos apontamentos sobre o constitucionalismo, perpassando-se pelo constitucionalismo contemporâneo, cujo tentáculo principal está o neoconstitucionalismo; será, ainda, tratado sobre o tema da incidência da moral nas tomadas de decisões judiciais; discricionariedade dos juízes e, por fim, a necessidade de revisitação aos fundamentos teóricos do constitucionalismo democrático como forma de combate aos excessos de competência judicial quanto à ausência de possível ilegitimidade da referida Corte Constitucional.

## 1. TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO

Aristóteles, no livro “A Política”, expressa que o ser humano, por essência, é um animal político. Desde as priscas eras sempre possuiu relações voltadas à interação com a sociedade, iniciando por sua família, até chegar ao seu pleno desenvolvimento na *Polis*, lugar cujo berço fez criar os mais exímios governantes, representantes do Estado.

Dentro desse contexto, importante ressaltar que essas relações humanas foram relevantes para criar e determinar as condutas sociais vividas e o exercício do poder exercido sobre aqueles em que recaía, ou seja, os governados. Para controlar esse exercício de poder, o homem passou a estabelecer leis – que serviam como perfeitas constituições (naturais e morais), categorizando-as como limitadoras das condutas pessoais no âmago da sociedade, objetivando, assim, inibir qualquer ato despótico que pudesse ferir a ordem social da *Polis*.

Embora o termo “constitucionalismo” seja teoricamente novo, a sua idéia central é um tanto antiga. Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 64) observa que “Platão já preconizava uma idéia de um Estado constitucional. Concebia o primado da lei como garantia dos governados. Seu pensamento fazia sentido, porque é na Constituição – Lei das leis por excelência – que se exterioriza a ideia de constitucionalismo”.

Assim, com o fim de garantir as liberdades individuais e estabelecer regulamentação para o exercício do direito, desde os tempos antigos, o termo constitucionalismo foi se adequando até chegar ao conceito que possuímos atualmente.

Flávio Martins (2020), em sua obra sobre o direito constitucional, tece importante conceituação sobre o que viria a ser o constitucionalismo, para o referido autor, o constitucionalismo é “o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição.”

Partindo-se de tal conceituação, vê-se claramente que a função do constitucionalismo é estabelecer, por meio de uma Constituição, barreiras para o poder Estatal, a fim de resguardar os direitos e garantias individuais fundamentais dos indivíduos. Diante disso, é importante

ressaltar que essa conceituação introdutória está umbilicalmente associada à idéia que se tem de Estado de Direito e seu poder.

Há, assim, a real necessidade de se trazer à mente o conceito de Estado Liberal de Direito. Posto que, desde o final do século XVI até o início do século XVII, ao Estado abandonar - mediante inúmeras revoluções e guerras -, a ideia de um Estado Absolutista, onde os governantes – na maioria das vezes, verdadeiros ditadores – ditavam as liberdades individuais, bem como dominavam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, passou-se a buscar um modelo de Estado que pudesse garantir o respeito às liberdades civis e políticas dos cidadãos, modelo esse reforçado pela contribuição das ideias de Jean-Jacques Rousseau (2008, p. 154), segundo o qual “o homem nascia livre e essa liberdade fazia parte de sua natureza e os direitos inalienáveis do homem seriam a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade”.

Dessa forma, ao deixar o poder despótico do Estado Absolutista, passou-se a ser instituído o Estado Liberal de Direito, firmado nas liberdades individuais formais, garantias de que a todo cidadão era dado o poder de escolha e exercício das liberdades civis clássicas, não interferindo nestas o Estado.

Todavia, embora já fosse um avanço, quando comparado ao Estado Absolutista, tal teoria se mostrou ineficiente em inúmeros aspectos, dentre os quais os mecanismos garantidores da aplicação da lei a todos que estavam sujeitos à constituição. Dessa feita, buscou-se adotar um modelo em que os governantes, os representantes das mais variadas classes sociais, os políticos, bem como todos os cidadãos, pudessem estar sob o pálio das leis, não havendo autoridade que se sobrepusesse ao império legal, garantindo-se, assim, não apenas as liberdades formais, mas as materiais, cujo interesse emana diretamente do povo.

Nascia, portanto, o Estado Democrático de Direito, onde as leis feitas pelo próprio povo, seja por representação direta ou indireta, estabeleciam diretrizes de comportamento estatal e social, bem como também individual, a todos que estivessem sob sua égide. O referido Estado Democrático de Direito surgiu com o fim de proteger, não só as liberdades individuais e coletivas, mas as garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, estabelecendo padrões mínimos de dignidade da pessoa, assim como tratando sobre as matérias de direitos humanos, visando fortalecer os primados constitucionais em face do arbítrio estatal.

Sendo assim, no Estado Democrático de Direito, há pelo povo que – direta ou indiretamente – elabora as leis, uma sensação de consenso, bem como de repartição do poder, não permitindo com que haja sua concentração, a fim de evitar os reiterados arbítrios estatais.

Para isso, foi necessário que as constituições estabelecessem o que Norberto Bobbio (2000, p. 56) chamou de “a regra da maioria”, onde a maioria deveria votar em seus

representantes, com igualdade de peso em seus votos, a fim de que as leis que se firmassem sobre tudo e sobre todos, fossem tidas como legítimas e “democráticas”, patenteadando o conceito de Estado Democrático de Direito.

Dessarte, sendo a constituição a Lei das leis, a função e conceituação do constitucionalismo, representa o sentido amplo do termo Estado Democrático de Direito, cuja limitação do poder estatal está intrinsecamente relacionado à Constituição como ferramenta de combate a atos despóticos do Estado. Dessa forma, enquanto o constitucionalismo em sentido estrito visa resguardar as liberdades individuais formais (Estado Liberal de Direito), o constitucionalismo em sentido amplo (Estado Democrático de Direito), de forma diversa – mas complementar -, visa resguardar as liberdades coletivas, políticas, ideológicas e fundamentais dos indivíduos em seus aspectos materiais.

Esse sentido amplo do constitucionalismo serviu como importante ferramenta de combate às arbitrariedades exercidas pelos governos ditatoriais. O Estado Democrático de Direito passou a contar com mais uma arma para desfazer o estado absolutista, garantindo-se as liberdades públicas dos cidadãos. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece em seu art. 16 que: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos Poderes, não tem Constituição”.

O constitucionalismo, cujo principal diploma normativo é a Constituição, serviu para balizar e organizar o Estado, delimitando sua atuação e resguardando os interesses individuais e coletivos da sociedade que o compõe.

Após essa breve digressão conceitual do que seria o constitucionalismo e sua importância, necessário relatar que foi apenas durante o Estado Moderno que se observou um movimento retilíneo uniforme de se produzir constituições escritas, tal período coincidiu com o que se chamou de pós-positivismo jurídico.

Sobre esse período, Uadi Lammêgo Bulos esclarece que

o constitucionalismo moderno, portanto, representou o estágio de reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade. Eis aí o que se pode chamar de ‘constitucionalismo principialista’, proveniente do reconhecimento da ‘fase principiológica do Direito’, que irá encontrar notável sequência na etapa do constitucionalismo contemporâneo (2017. pág. 74).

Com isso, é nítida a contribuição do constitucionalismo moderno ante ao período

vivenciado, pois o referido constitucionalismo passou a prever constituições escritas, formais e de conteúdo coercitivo. Não apenas isso, foi com o constitucionalismo moderno que se estabeleceu um processo legislativo solene e ‘cerimonioso’, bem como que no ano de 1803, nos Estados Unidos da América, se instituiu, através de uma decisão histórica, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos – caso *Chief Justice Marshall (Marbury versus Madison)* (UROFSKY, 2021).

Desvinculou-se, assim, o juiz de mero reproduzidor do texto legal para o intérprete, cujo o considerável poder discricionário poderia lhe proporcionar a capacidade de declarar uma norma, em controle difuso, constitucional ou não.

## 2.1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Se com o constitucionalismo moderno se passou a prestigiar os princípios em detrimento da lei pura e simples, é com o constitucionalismo contemporâneo que sentimos o apogeu dessa valorização principiológica. É que, o constitucionalismo contemporâneo serviu como cumpridor e desenvolvedor das ideias antes postas pelo constitucionalismo moderno, levando os princípios a ter a primazia diante das constituições.

Essa tratativa dada pelas constituições contemporâneas está intrinsecamente associada à ideia que Carl Schmitt (2003, p. 27), autor da obra “Teoria da Constituição”, tem sobre o tema. Para o referido autor, as constituições se dividem em sua característica de decisão política fundamental e tudo aquilo que não for alvo dessa decisão política fundamental, não seria constituição, mas apenas lei constitucional.

Isso posto, o mencionado autor continua contribuindo com a ideia que se tem de constituição e sua forma. Tomando como exemplo a constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabeleceu uma grande gama de assuntos abordados em seu corpo textual, conforme anteriormente dito, isso só ocorreu devido ao grande trauma sofrido pela população durante os períodos assombrosos da ditadura militar de 1964. Esse trauma impregnou na mente da Assembléia Constituinte de 1987, a real necessidade de se proteger e regular questões importantes para o Estado brasileiro.

Nesse pórtico reside a motivação da Constituição Federal de 1988 ter abordado assuntos tão diversos e ter sido recheada dos mais variados temas, com o único fim de evitar usurpação e autoritarismo. Essa questão é abordada com maestria pelo autor, quando diz: “A essência da Constituição não está contida numa lei ou numa norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer dizer, do Povo na Democracia e do

Monarca na Monarquia autêntica” (LASSALLE, 2015, p. 68).

A primeira Constituição que inaugurou tal abordagem ampla, foi a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela de Weimar, de 1919, que segundo a doutrina “foi a precursora dessa tendência. Implantou um modelo, baseado em normas de cunho político, econômico, social, religioso e educacional, que foi seguida pelas constituições do mundo afora. A Carta brasileira de 1934, por exemplo, trilhou esse caminho” (BULOS, 2017. pág. 78).

Isso posto, consigne-se que se prioriza no constitucionalismo contemporâneo uma Constituição dirigente, que determinaria as condutas do poder público. Em que pese tal intenção expansiva de constitucionalização, uma vez verificada a ineficácia social e a constante desobediência pelos órgãos que compoem o poder estatal, tal constitucionalismo finda por gerar inaplicabilidade, tornando as constituições como meras folhas de papel – conforme dizeres de Ferdinand Lassalle (2015, p. 68).

Outro desenrolar que se sentiu mais enfaticamente durante o constitucionalismo contemporâneo, mas que se iniciou desde o período do constitucionalismo moderno, foi a coroação do papel do magistrado como aplicador do direito – agora não mais como mera boca da lei –, mas como o ponderador dos princípios, o intérprete com poder discricionário de ponderação, podendo utilizar dos princípios para impor determinada interpretação ao texto escrito da lei.

Nesse cenário, vislumbram-se dois objetos que merecem reflexão, o primeiro é o objeto positivo do constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a implementação e a previsão expressa dos direitos e garantias fundamentais que passaram a integrar o corpo diplomático das Cartas Constitucionais, bem como a questão da previsão de alguns princípios norteadores que possibilitaram a flexibilização de determinadas normas, quando em conflito de direitos, permitindo ao magistrado exercer maior critério de justiça.

O segundo objeto, que passou a ser chamado de objeto negativo, está – entre outros – a questão da insegurança jurídica ocasionada pelas constantes variações de entendimento quando da aplicação de uma norma, bem como o fato de que os princípios deveriam servir como bengalas de apoio ao magistrado que deveriam julgar de acordo com a lei, e só em casos excepcionais, com o uso dos princípios.

Se no campo da aplicação da legislação infraconstitucional, pelos Juízes de Direito de 1ª e 2ª instância, tal seguimento apresenta riscos no que se refere à aplicação da norma, quem dirá quando a referida tendência trazida pelo constitucionalismo contemporâneo se apresenta em escala infinitamente maior, a exemplo do que acontece com o Supremo Tribunal Federal, que é o responsável por dar a “última” palavra interpretativa da Constituição.

A fim de trazer mais esclarecimentos quanto à indagação supra, convém refletir sobre a teoria do constitucionalismo contemporâneo, conhecida como neoconstitucionalismo.

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO E A PRINCIPIOLOGIA QUE O CIRCUNDA

Os estudiosos do tema, até a presente data, não são unânimes – e estão longe de ser – quanto ao conceito do que seria o neoconstitucionalismo. Alguns sustentam ser uma das vertentes do constitucionalismo contemporâneo, outros entendem que o conceito de neoconstitucionalismo se confunde com o do próprio constitucionalismo contemporâneo.

Quem melhor conceitua o que seria o neoconstitucionalismo é Thays de Oliveira de Brito e Walber de Moura Agra (2012, p. 17), para eles “o neoconstitucionalismo propõe um modelo teórico para explicar o Estado Constitucional de Direito, caracterizando-se por negar as teses juspositivistas da separação entre Direito e moral, procurando indicar parâmetros claros de concretização normativa que sofram o influxo de vetores metajurídicos”.

Dessa forma, inaugurado pelo constitucionalismo moderno e contemporâneo, os princípios, no neoconstitucionalismo, passam a ser protagonistas dos diplomas normativos. A Constituição sofre um grande impacto no que diz respeito à sua força vinculante e obediência obrigatória, deixando de ser apenas uma carta política e tomando a posição de diploma normativo supremo dentro da organização do Estado.

Muito embora o caráter vinculante das constituições tenham iniciado desde o surgimento das primeiras constituições escritas – exemplo da França do Século XVIII -, é apenas com o advento do controle de constitucionalidade que tal supremacia e obediência obrigatória passa a ser sentida. Com o surgimento das primeiras ideias de controle concentrado por Hans Kelsen (1961), bem como com o já existente controle difuso, a partir do caso *Marbury versus Madison*, nos Estados Unidos da América, passou-se a estabelecer a Constituição como diploma normativo vinculante. A força vinculante da Constituição impactou diretamente na legislação infra, pois agora estava retirando daquela a sua eficácia. Sendo que, em caso de confronto material ou formal, haveria mecanismos trazidos pela própria Constituição que garantiria a sua rigidez e sua observância obrigatória, limitando-se, assim, o poder discricionário do legislador derivado.

Importante mencionar que, a contribuição de Hans Kelsen não se limita à criação do controle concentrado de constitucionalidade, mas se supera com a criação das próprias Cortes Constitucionais após a II Guerra Mundial. Kelsen, que desenvolveu o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, contrastará com o norte-americano (difuso), servindo de

inspiração para a criação das Cortes Constitucionais. Afirma Kelsen (1961) que: “Caso o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis seja reservado apenas a um órgão, por exemplo, a suprema corte, esse órgão pode estar autorizado a abolir uma lei inconstitucional não apenas individualmente, isto é, para o caso concreto, mas de modo generalizado, para todos os casos possíveis”.

A embrionária ideia de uma Corte Constitucional que pudesse dar sua verdadeira interpretação e aplicação ao caso concreto, se tornou real na Europa após a II Guerra Mundial, naquilo que Barroso (2005, p. 12) diz ser o marco histórico do neoconstitucionalismo.

Luís Roberto Barroso, identifica após a II Guerra Mundial o marco histórico do que se chamou de Estado Constitucional de Direito, representando uma resposta aos regimes totalitários, impondo às leis a subordinação à Constituição.

Nesse viés, após o advento da II Guerra Mundial, segundo o autor, se iniciou um grande crescimento do número dos Estados soberanos elaborando constituições analíticas e repletas de princípios e cláusulas abertas – a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - capazes de proporcionar maior discricionariedade dos intérpretes da Constituição em oposição às leis despóticas.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo tem servido como sucedâneo principiológico para que os responsáveis pela aplicação das leis o façam em observância ao que está disposto na Constituição, fortalecendo o que fora dito anteriormente sobre a força vinculante das constituições após a II Guerra Mundial.

Esta abordagem se faz necessária para a análise da influência da moral e dos princípios no neoconstitucionalismo, pois a partir de então, os Estados Soberanos passariam a contar com as suas próprias Cortes Constitucionais, não apenas como meros agente que interpretavam a Constituição sob o viés político, mas agora, e principalmente, sob o aspecto jurídico e vinculativo, em estreita relação com os efeitos *erga omnes* das decisões das Cortes Constitucionais, a exemplo do STF no Brasil.

Se de um lado as decisões das Cortes Constitucionais podem promover vinculação, por outro lado, tais decisões, dada a expansão principiológica e a vastidão das cláusulas abertas que as normas constitucionais possuem, podem causar confrontos de ideias e de interesses, gerando crises de legitimidade, visto que, as decisões do Supremo Tribunal Federal pode, claramente, se contrastar à vontade do povo, não o povo enquanto sua maioria, mas o povo enquanto organismo social ordenado – pois não se olvida que as cortes constitucionais possuem caráter contramajoritário.

Os princípios para este autor, servem como conceitos abstratos capazes de tomar forma

e rigidez quando apresentados a algum caso concreto. O processo de concretude dos princípios se dá a partir da empiria destes com o caso *sub examine*. Partindo de um conceito amplo, os princípios passam a ser a medida de justeza entre a aplicação de uma regra e a observância pelo melhor método de aplicação do direito. Sendo que, o direito, a partir desta perspectiva, não se firmaria mais unicamente nas regras pré-estabelecidas pela lei, mas estas leis passariam a gozar de uma internalização principiológica, formando aquilo que se denomina de norma jurídica.

Em crítica a essa filosofia jurídica desenvolvida por Robert Alexy, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que

Se o modelo constitucional firmado sob a ideia de que a Constituição enfeixa uma ordem de valores foi saudado positivamente logo no seu início, também cedo teve que se medir com os críticos, que estenderam o pessimismo quanto às virtudes da teoria às suas consequências inevitáveis em termos de alargamento do poder dos juízes. Os juízes estariam, segundo os mesmo opositores, perigosamente aparelhados para forçar à sociedade as suas compreensões axiológicas pessoais (2009, p. 64).

Com isso, o referido autor expõe que aos juízes, segundo a ponderação dos princípios desenvolvida por Alexy teria sido dado o poder de enfraquecer o caráter deontológico ou obrigatório de determinados princípios, fragilizando na mesma medida os direitos fundamentais.

No mesmo sentido, esclarece Paulo Gustavo Guedes Fontes (2020, p. 112), no livro *Neoconstitucionalismo e Verdade: Limites democráticos da jurisdição constitucional*, que, “Numa linha kantiana, os princípios para Habermas teriam caráter universal e deontológico, enquanto os valores teriam caráter axiológico; a concepção de princípios em Alexy, sobretudo na forma de “mandamentos de otimização”, na verdade equivaleria a uma ponderação de valores, fadada à subjetividade”.

Dessa forma, conforme o referido autor, embora promova avanços quanto à interpretação e aplicação dos princípios no direito, a teoria da ponderação dos princípios abre margem para uma discricionariedade desregrada daquele que irá julgar o caso sob sua análise, o que importa dizer que se promoverá uma verdadeira insegurança jurídica daquele que procura o judiciário para ter seus conflitos resolvidos, noutra medida, importaria dizer que há possibilidade de mitigação de direitos fundamentais baseado simplesmente em critérios subjetivos do julgador, sem se aferir a real valoração dos bens jurídicos tutelados em conflito.

Por outro lado, Ronald Dworkin entende que a tarefa judicante das Cortes Constitucionais e dos juízes ordinários devem se firmar em uma única resposta correta para o caso concreto, não havendo juízo de discricionariedade entre o juiz e a resposta que este deve trazer ao caso, ainda que seja considerado complexo (*hard case*).

Dworkin (2007, p.429), utilizando-se do objetivismo moral, assim pontua:

Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente “impossível” que num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade de formular coerentemente o argumento teórico. O “mito” de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.

Para Dworkin, o juiz não estaria livre para decidir segundo suas próprias convicções e subjetividade, mas vinculado a verdade existente no caso. Nessa senda, observa-se que, diferentemente do conceito estabelecido por Alexy com a teoria da ponderação, onde haveria margem de escolha para o julgador, Dworkin entende que tal discricionariedade não existe, devendo o julgador se submeter a única resposta correta que todo caso possui – ou seja – a discricionariedade estaria apenas em poder escolher pela decisão se certa ou errada.

### **3. IMPORTÂNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL E SEU PAPEL INTERPRETATIVO DA NORMA CONSTITUCIONAL**

As Cortes Constitucionais, como visto, são as responsáveis por aplicar as normas constitucionais no caso concreto. Utilizando-se de formas e regras hermenêuticas, os julgadores se deleitam nas mais diferentes situações sociais trazidas para suas análises. Com o advento do neoconstitucionalismo, as Cortes Constitucionais - através da mudança de paradigma da constituição, que deixou de ser uma mera carta política, passando-se a uma carta fundamental com inúmeros direitos e garantias individuais e coletivas – elevaram-se de patamar, posto que os seus integrantes passaram a ser os principais responsáveis pela aplicação do direito ao caso concreto, e não apenas isso, mas o direito aplicável não é de mera posição infralegal, mas sim

de cunho fundamental, constitucional e, por sobretudo, humanitário, vinculando os demais órgãos e tribunais inferiores que estão sob sua jurisdição.

Nesse sentido, não raras vezes, as Cortes Constitucionais são provocadas para resolver determinadas questões de direito que influem em todo um corpo social, que serão diretamente atingidos pela interpretação dada pela Corte à Constituição. No Brasil, tem-se, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou a validade e a possibilidade de que a mãe grávida, cujo feto fosse diagnosticado com anencefalia, pudesse interromper a sua gravidez sem que com isso incorresse em crime – ADPF 54.

Este julgado foi paradigmático no que diz respeito à atuação e importância das Cortes Constitucionais no Brasil, pois no presente julgado estavam em pauta pelo menos dois princípios (valores), quais sejam: o direito à vida *versus* dignidade da pessoa humana. Importante ressaltar ainda que, dentre as discussões levantadas no julgamento da ADPF 54, estavam as questões quanto ao início da vida, se seria desde a concepção ou se seguiria a ótica científica, onde a existência da vida só aconteceria a partir da sustentabilidade da mesma com a formação do lóbulo cerebral, importando sua ausência em uma inevitabilidade da morte. Dentre esse e vários outros congêneres, resta insofismável o papel outorgado às Cortes Constitucionais, principalmente após a II Guerra Mundial, erigindo-as como os órgãos máximos no que se diz respeito à interpretação das constituições.

Contudo, deve-se ter em mente que, embora o relevantíssimo papel das cortes na interpretação das questões constitucionais, o controle legislativo e executivo não se fizeram, segundo o modelo de freios e contrapesos de *Montesquieu*, suficientes para segurar as rédeas das interpretações de cunho meramente ideológicos, ainda mais quando se levado em consideração o caráter conformativo do poder legislativo. Uma vez que as Cortes Supremas passaram a possuir a legitimidade constitucional de dar a última palavra sobre as questões de que tratam a própria Constituição.

Percebe-se um movimento de distanciamento da busca pela lei para a aplicação do direito, pois o julgador busca algum texto da lei – segundo os critérios acima explicitados – para apoiar sua decisão. Logo, observa-se que da aplicação da lei ou norma constitucional, os juizes neoconstitucionalistas inverteram os caminhos, posto que passaram a analisar a lei a partir do caso concreto, e não o caso concreto a partir da lei.

A título de exemplo, podemos citar as decisões da Corte Constitucional do Brasil (STF) que aplicou texto da Constituição Federal de 1988 a respeito da prisão em segunda instância, no que toca o artigo 5º, LVII, do referido diploma normativo. Pois, muito embora o texto legal fosse expresso e quase sem nenhuma margem para interpretação diversa da gramatical, a

referida Corte alterou por pelo menos 3 (três) vezes o seu posicionamento sobre o tema.

A despeito disso, no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal havia firmado entendimento pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, seguindo os ditames da própria constituição federal que erigiu como um de seus supraprincípios, a presunção de inocência.

Contudo, após grande pressão política e midiática, no ano de 2016, a mesma Corte Constitucional decidiu de forma diametralmente oposta, concluindo que caberia a execução antecipada da pena com a mera decisão condenatória confirmada em segunda instância, ainda que passível de recurso e sem o efeito da imutabilidade das decisões – como é próprio das decisões transitadas em julgado - sob a justificativa de que o texto expresso da Constituição Federal de 1988, possibilitaria tal interpretação.

Por fim, grandemente questionados pelos mais diversos juristas do país, e ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 43, 44 e 54), a mesma Corte retroagiu em sua última posição, no ano de 2019, para o seu entendimento primário, retornando a entender pela impossibilidade de execução antecipada da pena.

Tais mudanças da razão de julgar, não ocorreram pela nebulosidade de um texto previsto na Constituição – para que pudesse justificar as diferentes teses levantadas -, mas tão somente pelos interesses políticos e midiáticos, que fizeram confundir a figura do juiz, que necessariamente precisa ser contramajoritário ante ao texto legal, ao responsável pela efetivação da segurança pública e o oráculo daqueles que querem ter seus interesses satisfeitos.

Diante disso, reforça-se a ideia de que o direito, para estas cortes pós II Guerra Mundial, parece não ser mais holístico, mas um emaranhado de questões mal acertadas que o julgador passa a querer desmembrar para dar-lhe a interpretação que, porventura, achar mais acertada. Nos dizeres de Paulo Gustavo Gonet Branco (2009), “o direito aplicável não mais tem a sua sede na Constituição, mas no juízo de ponderação do juiz.”

As contribuições de Alexy, Dworkin, Zagrebelsky etc., são irrefutavelmente benéficas à filosofia do direito e ao estudo concernente à hermenêutica jurídica. Entretanto, a partir do momento em que as Cortes Constitucionais e os juizes passam a importar tais teorias para a aplicação do direito nas questões internas da nação, sem realizar um filtro constitucional e sistemático-normativo, as críticas à legitimidade da corte para tais atos passam a ser cada vez mais frequentes.

Ao juiz não é dado interpretar a lei segundo os seus interesses e sentimentos, o papel do juiz é, e sempre foi, contramajoritário, não podendo este se amoldar à uma interpretação que o permita ponderar mais que aplicar. Ou seja, não cabe ao juiz estabelecer à sombra da

determinação legal (dada a existência de grande número de normas vagas ou em branco que precisam de complementação), ponderação meramente subjetiva.

Os pressupostos vividos pelo magistrado, embora importantes para a aplicação do direito, posto que o direito, segundo a teoria realiana, é Fato, Valor e Norma, não podem se sobrepor a sua tarefa jurisdicional. O Fato não pode ser tido como mais importante que o valor e, por conseguinte, que a norma. Não pode o juízo de ponderação, embasado em seus critérios meramente morais, se sobrepor em sua decisão ao Fato e à Norma. Quando o juiz passa a decidir mais em favor de seus interesses morais ou políticos, há o que se convencionou denominar de ativismo judicial, que acontece devido as características dos tipos normativos e o subjetivismo moral dos julgadores.

Nesse sentido, a ponderação dos princípios e a única resposta são teorias antagônicas em certo ponto, mas que tangenciam no que se refere à possibilidade de o juiz utilizar dos princípios para aplicação do direito ao caso concreto, mas nenhuma dessas teorias permitem que o juiz abandone por completo a legislação positivada quando de seu julgamento. O neoconstitucionalismo, enquanto vertente do constitucionalismo contemporâneo, recheado de princípios e moral, não anula o positivismo, permitindo que o juiz decida segundo a legislação, mas em também permite que em certa medida aplique a moral como acessório ao que está positivado, sendo, todavia, o caminho inverso rechaçado.

Dessa forma, tendo em vista o papel das Cortes Constitucionais em aplicar o direito da forma lídima e cristalina ao que está positivado, devendo incidir o mínimo possível de discricionariedade, ressaltada pelo subjetivismo e ponderação dos princípios, bem como a incidência da moral, deve os juízes da corte sempre observar seu papel de verdadeiro intérprete da Constituição, dando-lhe o real valor e evitando ponderações desmedidas e repletas de subjetivismo moral.

Sendo assim, as posições morais e políticas intrínsecas ao juiz, quando este representando o poder do Estado em decidir segundo a norma, deve fazê-lo segundo esta, e não conforme seus interesses pessoais. Nesse sentido é o magistério de Dimitri Dimoulis (2006, p. 331), o qual considera que “a aceitação de posições moralistas é um retrocesso teórico e político e que a interpretação política do direito destrói a normatividade jurídica (...)”.

#### **4. LIMITES DEMOCRÁTICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Diante de tudo que foi exposto, importante tecermos breves comentários sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais para resolver situações aos casos complexos (*hard*

*cases*) – tomando como parâmetro a teoria da “última palavra” de Waldron.

A análise sobre tal questão se faz necessária frente à premente necessidade de resposta popular às questões que lhe são de interesse imediato. Sendo assim, como retirar do debate democrático questões sobre a possibilidade de aborto de feto anencéfalo, se as principais pessoas interessadas na questão, ou seja, as mulheres, sequer foram ouvidas em audiência pública antes da decisão sobre referido caso? Ou, ainda, como deixar de fora do debate sobre a legalização ou não da maconha se não são ouvidas as pessoas que desta planta fazem uso?

Dessa forma, questiona-se, onde estaria o controle democrático das decisões judiciais? Como fazer do controle de constitucionalidade um ambiente democrático e representativo aos maiores interessados? Tais questões são importantes principalmente pelo fato de que os juizes constitucionais não são eleitos pelo povo, nem por eles escolhidos para tal grau de importância no seio social.

Embora haja farta doutrina e teorias que advogam pelo lado adverso, entendemos que a ausência de representatividade democrática nas funções judiciais retira do juiz a legitimidade para decidir sobre tal questão, que, por outro lado, exercem controle de constitucionalidade, muitas das vezes acobertados pelos textos vagos e abertos da Constituição, possibilitando uma discricionariedade desmedida no julgamento, bem como uma ponderação de princípios inaplicáveis ao caso concreto, mas que satisfazem determinadas classes privilegiadas.

Em elaborado estudo, John Hart Ely, ao abordar sobre o assunto comenta que:

“Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (2010, p. 345).

O referido autor, ao realizar o comentário supra, estava a criticar o controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes Constitucionais em face das legislações ordinárias, criticando o exagerado poder concedido a um órgão que não possui legitimidade popular para tanto - em um total contrassenso ao que se entende por democracia representativa.

Em questão semelhante, pondo em xeque a legitimidade das Cortes Constitucionais quanto as decisões judiciais em controle de constitucionalidade, eivadas de caráter subjetivo e de ponderação de princípios sem nenhum critério objetivo, Waldron observa que a última palavra sobre questões sociais, e que refletiriam diretamente na vida do povo, deveriam ser

dadas pelo próprio povo, e não por uma corte que - tão distante quanto o céu está da terra – não tangencia os reclames sociais.

Sendo assim, Jeremy Waldron (1999, n.p) explica que, “se não haveria problema com a decisão correta, seria mais democrático que a decisão errada proviesse do próprio povo, pois não é uma bobagem que os cidadãos se sintam reconfortados com o pensamento de que, pelo menos, cometeram seu próprio erro sobre a democracia, em vez de terem que suportar o erro de outrem.”

Assim, entende Waldron que se é apresentado à Corte Constitucional, dado o seu papel de guardião da Constituição, algum caso que reflita impacto direto no corpo social, bem como os casos apreciados pela corte que são julgados como *hard cases*, dada as particularidades e as complexidades de questões envolvidas, sejam elas políticas, morais, financeira etc., deveriam tais demandas serem apreciadas diretamente pelo povo ou pelo parlamento (representantes indiretos da população), e não pelo órgão constitucional sem legitimidade democrática.

Isso porque, influenciados pela motivação errada, podem os juizes das referidas cortes julgarem, não conforme os interesses sociais, mas, e principalmente, pelos aspectos meramente subjetivos ou de qualquer outra influência interna diversa daquela requerida pela democracia. De outra forma não tem pensado o jurista Paulo Gustavo Guedes Fontes, quando este em seu livro afirma que:

“Acreditamos que, em tais casos, a “última palavra” deve ser dos representantes eleitos, na linha do pensamento de Jeremy Waldron [...], ou do próprio povo, através de mecanismos de participação popular direta, como a iniciativa popular de projetos de lei, o plebiscito e o referendo. Como asseverado por Waldron, ainda que exista algo como a “única resposta correta” de Dworkin nos casos difíceis, não cabe à Corte Constitucional estabelecê-la, pela simples razão de que continuaríamos a dissentir a respeito (2020, n.p)”

Com esses comentários sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais em suas decisões, os referidos autores objetivam a retomada de um modelo de *judicial review* previsto no sistema normativo francês durante sua Revolução, onde a ideia de representação popular e da “vontade geral” encarnada na lei levava os revolucionários a uma atitude de desconfiança frente aos juízes; segundo Carlos Maximiliano (2002, p. 342), tal sistema vigeu naquele país até 1837 e consistia na interrupção do julgamento pelo juiz em caso de dúvida quanto à

interpretação autêntica.

Nessas situações, os casos eram levados ao povo para que este pudesse decidir sobre a melhor decisão que refletisse seus interesses imediatos, em uma total contrariedade do que ocorre atualmente, onde o controle de constitucionalidade, fortalecido pelo neoconstitucionalismo e a forte incidência dos princípios na tomada de decisões judiciais, tem criado decisões judiciais prolatadas pelas Cortes Constitucionais que não refletem a vontade daqueles atingidos diretamente pelo julgado, mas apenas daqueles que são os responsáveis por decidir, o que se faz na maioria das vezes de forma altamente discricionária.

Tais situações evocam para si a nossa necessária reflexão sobre o tema, principalmente sobre o aspecto da legitimidade das Cortes Constitucionais para a decisão de questões tão importantes ao povo.

Neste diapasão, fato é que, o neoconstitucionalismo - após a II Guerra Mundial, com os seus apoiadores e idealizadores, tanto no Brasil como no mundo, bem como as questões da ponderação dos princípios e o uso da moral nas tomadas de decisões -, tem contribuído para o fortalecimento da ideia de uma Corte Constitucional que reclama para si o protagonismo decisório em face de instituições legitimamente estatuídas pelo povo.

Nesse sentido, por meio do neoconstitucionalismo e a incidência de teorias como a da ponderação dos princípios de Alexy, que findam por promover e conceder poderes quase que ilimitados de interpretação ao juiz, é que se tem favorecido o seu subjetivismo e a sua discricionariedade, colocando eles em pedestais inalcançáveis e em posições de prestígio e de determinação quanto ao direito alheio.

Posto isso, é hora de se refletir sobre o papel das Cortes Constitucionais pelo mundo, deixando de lado as emoções e interesses meramente particulares, passando a erigir como estandarte o interesse do povo ante à “soberania” judicial promovida pelo neoconstitucionalismo.

A Corte Constitucional precisa ter parâmetros bem delineados, e suas decisões devem refletir, *prima facie*, a utilização de técnicas de hermenêutica objetivamente apuradas, e nos casos de grande complexidade e dificuldade (*hard cases*), que interferem diretamente no interesse da população, devem as Cortes Constitucionais cederem ao povo o real deslinde decisório, pois ninguém melhor que o próprio povo para saber o que é melhor para si.

Dessa forma, não se questiona a falibilidade das Cortes Constitucionais, pois como vimos, por meio da ponderação, incidência da moral e discricionariedade, os juizes erram, e erram muito, mas o que se questiona é a falibilidade por último, posto que apenas ao povo caberia esse “errar por último”, e não às Cortes Constitucionais.

Sendo assim, em apoio às ideias de Paulo Gustavo Guedes Fontes, entende-se que “com base no direito de participação, igual em importância aos demais direitos fundamentais, filho das mesmas revoluções liberais, reivindica para o povo o direito de cometer seus próprios erros”.

Com isso, nos casos que reclamam maior interesse participativo da população, entendemos que melhor saída não há, senão deixar ao povo a decisão que lhe pertence, em nome de uma autodeterminação dos povos, ao invés de permitir com que juízes de Cortes Constitucionais decidam sobre direitos alheios, primados de uma discricionariedade exacerbada e vícios subjetivos quanto à ponderação dos princípios, cedendo-os o poder de dizer se é ou não constitucional determinada lei promulgada pelo crivo da representação democrática.

Deve-se permitir, assim, que nos casos de grande complexidade e de difícil solução, seja ofertado ao povo o poder de errar por último, seja de forma direta ou indireta, através do parlamento, pois é ao povo que deve se conceder o poder de errar por último e não às Cortes Constitucionais, pois são daqueles que emanam todo o poder.

## **CONCLUSÃO**

Diante do que foi abordado, está, ao nosso sentir, mais que clara a importância da abordagem sobre o tema neoconstitucionalismo nestes últimos tempos, principalmente porque o referido movimento teórico trouxe consideráveis mudanças no saber jurídico, contribuindo para o protagonismo das Cortes Constitucionais.

Com todas as mudanças ocorridas na teoria do constitucionalismo, desde o constitucionalismo moderno até o constitucionalismo contemporâneo, o que se viu foi uma verdadeira verticalização do conceito de Corte Constitucional, e a incidência da valorização dos princípios nos sistemas jurídicos do mundo afora, bem como a sua aplicação desarrazoada pelos tribunais. Pois as Cortes deixaram o seu anonimato de intérpretes das cartas políticas e passaram a ser as soberanas Cortes Constitucionais das cartas fundamentais, decidindo sobre todas as questões que envolvem direitos fundamentais dos indivíduos, e ainda mais, exercendo controle de constitucionalidade sobre as normas infralegais.

Teorias como a ponderação dos princípios de Robert Alexy, ganharam os holofotes dos operadores do direito, onde, segundo o autor, quando princípios entrassem em conflitos entre si, deveria o julgador se apoiar na precedência dos respectivos valores, realizando o que se denomina de ponderação ou sopesamento dos princípios, aplicando o juiz aquele princípio que tenha adquirido maior peso naquela demanda apreciada pela Corte.

Entretanto, assim como houve adeptos à referida teoria, esta trouxe, por outro lado, grandes críticos aos seus fundamentos, posto que, em certas situações, os julgadores deixariam de se apoiar na lei e no positivismo para se apoiar em sua discricionariedade desregrada, gerando insegurança jurídica, bem como decisões teratológica, uma vez que ao julgador estava o poder escolher a “melhor” solução para o problema premido de seus reais e diretos interesses.

Diante de tais teorias, questionou-se sobre o papel das Cortes Constitucionais na aplicação das normas previstas nas constituições, posto que essas são as responsáveis por dirimir os conflitos legislativos com a constituição, decidindo não apenas sobre a lei abstrata, mas sobre a vida de milhões de pessoas sujeitas às suas decisões.

Sendo assim, na maioria das vezes, as referidas Cortes utilizam de teorias, como a ponderação dos princípios, para decidir sobre o caso concreto, e, na grande esmagadora maioria, quando tais ponderações ocorrem, são em detrimento de texto expresso da lei em homenagem a algum princípio, que embora norma jurídica igual à regra legal, não foi inserido pelo povo, pelo menos não num processo legislativo formal.

Tais decisões só são possíveis devido ao caráter amplo e vago das normas constitucionais, bem como tais vaguezas são qualificadas pela ponderação dos princípios e a discricionariedade dos julgadores, tudo sob o pálio da incidência da teoria da moral ao direito.

Com isso, ante todo o exposto, todas essas questões convergiram para a reflexão principal deste trabalho, qual seja, a legitimidade democrática das Cortes Constitucionais para decidir sobre os casos que afetam interesses diretos da população e que são de difíceis resoluções (*hard cases*).

Pois, conforme visto, os juizes destas Cortes não são eleitos pelo povo, mas mesmo assim exercem controle de constitucionalidade sobre as leis criadas pelos representantes diretos do povo, a saber o parlamento. Sendo que na maioria das vezes, a inconstitucionalidade é declarada baseada tão somente em ponderação de princípios e em outras teorias mais, em detrimento da norma expressa e vigente da legislação, como se à Corte Constitucional existisse o direito de se errar por último.

Diante de tais questões, foi proposta uma análise sobre a legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais frente à Democracia Representativa. Sendo argumentado, ao final, que não competiria às Cortes Constitucionais o errar por último, mas ao povo, pois são eles os imediatos interessados na resolução dos conflitos sociais que os envolvem.

Em suma, o que se deve buscar é uma reflexão sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais quanto às decisões sobre os casos que interessam imediatamente à população, e nos demais casos de competência normal da referida Corte, deveriam essas decidirem com

base na legislação, não se proibindo uma ponderação quando extremamente necessária, mas que houvesse maior apoio na regra do que nos princípios, evitando-se, com isso, crises de legitimidade e decisões teratológicas em nome de uma discricionariedade judicial desregrada.

Nesse sentido, é o pensamento do ilustre professor Jeremy Waldron (1999) quando disse que: “Existe violação da igualdade política quando as visões de um juiz são mais importantes do que a do legislador e daqueles eleitores que votaram nele”.

Com isso, conclui-se dizendo que, embora os benefícios trazidos pelo movimento neoconstitucionalista e suas teorias sejam notórios e importantes para o avanço na operação do direito, o soerguimento das Cortes Constitucionais, em conjunto com o controle de constitucionalidade e a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, tornando-a nula, é, sem dúvidas, um poder que merece análises e críticas, bem como limites, para que a última palavra não esteja à sua subordinação, mas daqueles de quem emana todo o poder - o povo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>, acesso em: 20 de jan. 2023.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRITTO, Thays de Oliveira; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In:

FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Neoconstitucionalismo e Verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020.

KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè Editore, 1961.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES JR, Flavio Martins Alves (2020-01-02T14:53:53Z). **Curso de direito constitucional** (Locais do Kindle 941-942). Editora Saraiva. Edição do Kindle.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Cultrix Ltda.2008.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución. Presentación de Francisco Ayala**. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpressão em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.

UROFSKY, Melvin I. "Marbury v. Madison". Encyclopedia Britannica, 17 Feb. 2021, <https://www.britannica.com/event/Marbury-v-Madison>.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.