

LUCAS SANTANA ALBERNAZ

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO
BRASILEIRO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

LUCAS SANTANA ALBERNAZ

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Me. Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS – 2019

LUCAS SANTANA ALBERNAZ

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Anápolis, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, pela saúde, pela capacidade concedida e por me ter inspirado a chegar até aqui; o qual é digno de toda honra, glória e louvor. Sou grato também aos meus pais, por me terem trazido ao mundo e me dado o privilégio de pertencer a esta família maravilhosa, que foi fundamental na formação do meu caráter e é à base de tudo que me tornei. Agradeço, por fim, aos meus orientadores em especial o professor e Mestre Alessandro Paixão e Áurea M. Bandeira, os quais depositaram confiança na minha proposta e abdicaram de tempo para me auxiliarem durante toda a pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho monográfico, a partir da compilação bibliográfica de livros, artigos científicos e jurisprudências dos tribunais nacionais e internacionais, têm como objetivo a análise da teoria neoconstitucionalista e a sua influência no ordenamento jurídico pátrio. Fundamentado sob o pensamento filosófico Pós-positivista, o novo constitucionalismo apresentou uma nova concepção acerca da interpretação do direito, buscando a valorização da dignidade da pessoa humana. A positivação dos princípios nos textos constitucionais acabou ampliando a atuação Poder do Judiciário, desencadeando um fenômeno denominado ativismo judicial. O constitucionalismo do futuro, por sua vez, seria o movimento sucessor ao neoconstitucionalismo, fundamento na premissa da universalização dos direitos fundamentais, segundo o jurista José Roberto Dromi.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Ativismo Judicial. Constitucionalismo do Futuro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – CONCEITO E DEFINIÇÃO DE NEOCONSTITUCIONALISMO	03
1.1 A História e a evolução do neoconstitucionalismo.....	03
1.2 A constitucionalização do direito	05
1.3 Conceito, essência e defensores do neoconstitucionalismo	08
1.4 Críticas ao neoconstitucionalismo	11
CAPÍTULO II – O ATIVISMO JUDICIAL.....	14
2.1 A judicialização e o ativismo judicial.....	14
2.2 Objeções ao ativismo judicial	18
2.3 A insegurança jurídica	22
CAPÍTULO III – PÓS-POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO.....	25
3.1 Relação entre Positivismo, Pós-positivismo e o Neoconstitucionalismo	25
3.2 Da evolução do movimento constitucionalista ao Constitucionalismo do Futuro.	31
3.3 O constitucionalismo do futuro e seus valores supremos	34
3.4 A universalização dos direitos fundamentais.....	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

Desde que o homem se organizou para viver em sociedade, foi necessário a criação de regras que possibilitassem o convívio harmônico, a fim de que cada um tivesse os seus direitos garantidos e ao mesmo tempo respeitasse os direitos do seu semelhante. Ocorre que a sociedade está em constante evolução e de igual modo o direito deve obrigatoriamente acompanhar as mudanças sociais, afinal o direito foi criado para a sociedade e não vice-versa.

Uma vez que a sociedade muda, as regras precisam acompanhar esse processo evolutivo e se adaptar à nova realidade. Foi assim que o Estado ao longo de sua existência passou por inúmeras e significantes transformações. Na idade Moderna, por exemplo, vigorava o Estado Absolutista, no qual o poder estava concentrado nas mãos do rei. Com seu declínio, aparece o Estado Liberal como forma de limitação ao Poder Estatal, sob os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Logo após surge o Estado Social sob a égide da ideologia comunista. Por fim, o Estado Socialista deu lugar ao Estado Democrático de Direito, o qual predomina até os dias atuais.

O processo de constitucionalização do direito teve início no século XVIII, traduzindo uma ideologia e política de valorização do ser humano e ao mesmo tempo como um instrumento de limitação à arbitrariedade estatal. Desde a sua origem, o constitucionalismo passou por várias fases, iniciando com o constitucionalismo antigo, passando pelo medieval, logo após veio o constitucionalismo clássico, seguido pelo contemporâneo até chegar no neoconstitucionalismo, que por sua vez, é o objeto de estudo do presente trabalho. Analisando as fases do constitucionalismo, nota-se uma evolução a cada período no tocante à ampliação dos direitos humanos.

O presente trabalho tem como objetivo a análise do neoconstitucionalismo e os seus reflexos no direito brasileiro, especialmente no tocante ao ativismo judicial. Embora seja um termo controvertido, o neoconstitucionalismo pode ser conceituado como sendo um pensamento jurídico contemporâneo que teve ascensão significativa no final do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, trazendo uma nova concepção acerca da interpretação do direito, sob a ótica da valorização à dignidade da pessoa humana. Tal assunto será abordado no capítulo I.

O ativismo judicial, por sua vez, a ser analisado no capítulo II, foi um reflexo das mudanças institucionais decorridas da positivação dos princípios no texto Constitucional, que acabou ampliando a atuação do Poder Judiciário. De forma genérica pode-se afirmar que o ativismo judicial é uma atuação do Poder Judiciário além dos limites que lhe são conferidos pela Constituição Federal. Segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, o ativismo é um modo proativo de se interpretar a Constituição expandindo o seu sentido e alcance. Tal postura vem recebendo severas críticas por parte dos juristas, sob a alegação de ferir o princípio da separação dos Poderes.

Como já visto, as mudanças sociais exigem transformações no direito e no modo em que o Estado se organiza. A necessidade de ampliação dos direitos fundamentais a um nível universal fez surgir uma nova teoria constitucionalista, apontada como forma de superação ao neoconstitucionalismo. Neste contexto ganha destaque os trabalhos do jurista argentino José Roberto Dromi em sua obra constitucionalismo do futuro.

O constitucionalismo do por vir, ou constitucionalismo do futuro, por sua vez, segundo os autores que defendem este movimento sócio-político, seria o sucessor do neoconstitucionalismo, tendo como premissa fundamental a universalização dos direitos fundamentais, tendo como valores supremos a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade.

CAPÍTULO I – CONCEITO E DEFINIÇÃO DE NEOCONSTITUCIONALISMO

O primeiro capítulo deste trabalho monográfico é subdividido em quatro partes, tendo como objetivo central apresentar o marco histórico, a influência dos pensamentos filosóficos, as divergências conceituais do neoconstitucionalismo, assim como os seus defensores e as principais críticas a este modelo.

É importante ressaltar que a metodologia empregada na elaboração deste trabalho científico é a compilação bibliográfica através de livros e artigos dos principais autores acerca do assunto, além de consultas às jurisprudências dos tribunais pátrios e internacionais, o que serve para fundamentar ou confirmar as teses apresentadas.

1.1 A história e a evolução do neoconstitucionalismo.

A partir do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu na Europa a transição do Estado de Direito Legal para o Estado de Direito Constitucional. Dessa forma, o sistema político-jurídico anteriormente fundamentado na soberania popular (supremacia do Poder Legislativo), por influência norte-americana, passa agora a ter como soberano, os textos constitucionais (FIORAVANTI, 2001, *apud* VIGO, 2008).

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) e a Constituição da Itália de 1947 são as principais referências no que se diz respeito a desenvolvimento do direito constitucional. Essas Cartas foram o marco inicial em

relação à constitucionalização dos direitos fundamentais, que agora estavam sobre o controle do Poder Judiciário. A partir de então, vários países adotaram um modelo de controle de constitucionalidade, instituindo Tribunais Constitucionais (BARROSO, 2007).

No Brasil, esse processo de constitucionalismo foi um pouco mais tardio, visto que até o final da década de 80 estávamos sob a égide de um governo ditatorial. Portanto, o marco inicial do neoconstitucionalismo em terras brasileiras foi o ano de 1988, com a promulgação da nossa Carta Magna, vigente até os dias atuais, embora ao longo do seu período tenha sofrido algumas alterações (BARROSO, 2006).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, aponta que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Brasil o período de maior estabilidade institucional da história republicana do país. No dia 5 de outubro de 2018 comemoraram-se os 30 anos da Carta Magna de 1988. Desde a sua promulgação, diferentes oposições políticas e conseqüentemente ideológicas governaram nossa nação, fato este que só ocorreu em decorrência da democracia existente.

O início da Constituição foi marcado por governos considerados de direita. Contudo, em 1992, Fernando Collor, eleito por sufrágio universal sofreu processo de impeachment, sendo destituído do poder. Passado uma década, o poder executivo federal foi assumido por Luís Inácio Lula da Silva, dito governo de esquerda, sendo reeleito no pleito eleitoral seguinte. Logo após, Dilma Rousseff deu continuidade no governo, e no segundo mandato (2016) sofreu impeachment perdendo o cargo presidencial (MORAES, 2017).

Após a eleição do ex-presidente Lula, ainda no seu primeiro mandato de governo, desencadeou no Brasil uma série de escândalos envolvendo corrupção, não somente a nível de executivo, mas também no legislativo e até mesmo no judiciário, onde operações deflagraram juizes realizando venda de decisões. No cenário atual, temos um ex-presidente, vários parlamentares e ministros presos, além de inúmeros outros sendo processados, acarretando um total descrédito na sociedade para com a classe dominante.

Diante todos os problemas apresentados anteriormente, parece contraditório afirmar que houve estabilidade institucional após o advento da Constituição de 1988. Porém, a estabilidade na qual o ministro do supremo se refere diz respeito à democracia e aos princípios basilares da Carta Magna. Afinal em meio às crises e dificuldades enfrentadas, a Lei Maior permanece vigente.

1.2 A constitucionalização do direito.

Segundo os ensinamentos do ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, a terminologia jurídica “constitucionalização do direito” comporta vários sentidos, dentre os quais merecem destaque: o caráter supremo da Constituição face às demais normas do ordenamento e o efeito expansivo das regras constitucionais dotando de força normativa seu conteúdo material e axiológico.

A Constituição como “higher law”, Lei Superior, além de estruturar o poder do Estado, é dotada de princípios e valores que orientam todo o ordenamento jurídico aplicando-se a todas as esferas do direito, seja civil, penal, administrativo ou qualquer outra. E por servir de fundamento a toda a estrutura jurídica a Carta Magna tem um caráter rígido, impondo procedimento especial e mais complexo para qualquer alteração no seu texto (VIGO, 2008).

A constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes. Quanto ao Legislativo, limita a sua liberdade na elaboração das leis. Em relação ao Executivo, além de limitar sua discricionariedade impõe-lhe deveres de atuação. Por fim, no Poder Judiciário a constitucionalização serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade (incidental ou ação direta) e condiciona a interpretação das normas aos princípios e regras estabelecidos na Constituição (BARROSO, 2007).

O professor e ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2007 e p.13), em seu artigo sobre o neoconstitucionalismo menciona que autores clássicos tentaram apontar requisitos para que se possa considerar um direito como constitucionalizado:

Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, La

'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdiccional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a 'sobreinterpretação' da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Os estudos da evolução do constitucionalismo na Europa e no Brasil apontam sua aproximação com o Estado democrático de direito, o normativismo da Constituição e a difusão da jurisdição Constitucional. Contudo, os referenciais utilizados não são válidos para algumas experiências constitucionais marcantes, dentre estas, Reino Unido, França e Estados Unidos (BARROSO, 2007).

Embora o Reino Unido tenha sido o precursor do modelo liberal com limitação ao poder estatal, tenha uma Constituição histórica, inclusive mais rígida que algumas cartas escritas, e tenha incorporado ao direito interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos, falta-lhe alguns requisitos considerados fundamentais para se ter um direito constitucionalizado, como uma constituição escrita, a inexistência do controle de constitucionalidade e a ausência de uma jurisdição constitucional, visto que, no modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento e não da Constituição (BARROSO, 2007).

Nos Estados Unidos, por sua vez, considerado o berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, o constitucionalismo se deu de forma totalmente contrária à dos países europeus. A constituição norte-americana criou o sistema presidencialista de governo, o federalismo e desde o seu início (1787), teve o caráter de documento jurídico e a judicialização das questões constitucionais, por intermédio da Suprema Corte (MAGALHÃES, 2004).

O processo de constitucionalização do direito na França foi mais tardio. A Constituição francesa de 1958, diferente do restante da Europa, não previu o controle de constitucionalidade, adotando um sistema diferenciado, o do controle prévio, no qual algumas leis antes da sua entrada em vigor eram submetidas à análise do Conselho Constitucional, não havendo tecnicamente uma jurisdição

constitucional (AZAMBUJA, 2008).

Após uma análise sucinta das mais marcantes evoluções da constitucionalização do direito na Europa e nos Estados Unidos, adentraremos ao estudo desse processo no Brasil. A Constituição Federal de 1988 marca o início de uma nova era no país, simbolizando o início da democracia brasileira.

A Carta de 1988 expressa em seu texto uma miscigenação de interesses de diferentes classes, que acabaram por influenciar os constituintes originários. Segundo Barroso (2007, p.19) “A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa”. Por este motivo é possível encontrar diversos ramos do direito infraconstitucional tratados na Constituição, além de um título dedicado à ordem econômica e outro à ordem social.

O processo de constitucionalização do direito no Brasil se deu de forma semelhante ao ocorrido na Alemanha e Itália, transferindo a Constituição para o centro do sistema jurídico. O conteúdo material, axiológico e as normas principiológicas passam a ser dotados de supremacia, assim como seu aspecto formal. A partir de então, há uma harmonização entre a Constituição e os demais ramos do Direito. Essa filtragem constitucional faz com que toda a ordem jurídica seja interpretada à luz da Carta Magna, devendo obrigatoriamente refletir os valores nela consagrados (BARROSO, 2007).

Embora o constitucionalismo esteja presente em todas as esferas de Poder, ele se mostra fundamental na jurisdição constitucional, que no Brasil pode exercida de duas formas: controle difuso (realizado por juízes e tribunais) e controle concentrado (feito diretamente pelo Supremo Tribunal Federal). Este exercício envolve o emprego de diferentes técnicas e possibilidades de interpretação como o reconhecimento e a revogação de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; a declaração de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais posteriores à Constituição; a declaração da inconstitucionalidade por omissão, a interpretação das normas conforme os valores e fins constitucionais, dentre outras (MORAES, 2005).

1.3 Conceito, essência e defensores do neoconstitucionalismo

A teoria neoconstitucionalista sofreu influências anglo-americanas (DWORKING, 1977 e 1985), latino-americanas (NINO, 1999) e europeu-continental (ALEXY, 1987; DREIER, 1991). O conceito de neoconstitucionalismo, por sua vez, é fruto dos trabalhos de teóricos da escola de Gênova, como Suzana Pozzolo, Mauro Barberis e Ricardo Guastini. Embora tenham sido precursores do estudo, cabe ressaltar que os referidos autores não aderem ao constitucionalismo, mas ao contrário são os maiores críticos (BARBERIS, 2006).

Possivelmente o termo foi utilizado pela primeira vez no Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, em 1997 na Argentina, por Susana Pozzolo, indicando teses intermediárias ao jusnaturalismo e positivismo jurídico apoiado por autores como Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky. Segundo Barberis (2006, p.19) “o jusnaturalismo sustenta a tese de conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o neoconstitucionalismo a tese da interligação entre direito e moral limitadamente aos Estados constitucionais”.

Dworkin, por sua vez, considerado o precursor e principal autor neoconstitucionalista, inspirado na ideia de justiça de John Rawls e do direito americano, caracterizado por constituição rígida e Corte Suprema, faz crítica ao positivismo jurídico, afirmando haver conexão necessária entre direito e moral nos Estados Constitucionais. A principal virtude do neoconstitucionalismo seria a constitucionalização do direito, fazendo com que haja controle de constitucionalidade e permeie todo o ordenamento de princípios e valores constitucionais (BARBERIS, 2006).

No Brasil, o termo neoconstitucionalismo foi utilizado pela primeira vez por Paulo Bonavides em 2004 no volume “(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições, publicado na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica”. Geralmente o vocábulo é empregado em quatro acepções diversas para designar: um modelo constitucional, uma teoria, uma ideologia e por fim uma metodologia.

O neoconstitucionalismo como modelo constitucional, segundo (COMANDUCCI, 2005) designa “o conjunto de mecanismos normativos e

institucionais, realizados em um sistema jurídico político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais”. Em síntese, sob essa ótica, o neoconstitucionalismo por intermédio de sua normatividade e instituições, ao mesmo tempo limitaria o Poder do Estado e protegeria os direitos fundamentais.

No mesmo sentido, o professor e ministro Luís Roberto Barroso (2007, p.57) conceitua o neoconstitucionalismo como:

um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Em sua concepção teórica, o neoconstitucionalismo se assemelha às teorias pós-positivistas, objetivando explicar as transformações ocorridas no constitucionalismo contemporâneo, uma vez que as teorias juspositivistas encontravam-se ultrapassadas para explicar as complexidades deste novo modelo. Neste modelo teórico, as jurisprudências e doutrinas são consideradas como fontes do direito e os princípios adquirem o status de norma principiológicas (NOVELLINO, 2014).

O constitucionalismo ideológico, por sua vez, costuma ser identificado sob três projeções. A primeira consiste na supervalorização da garantia dos direitos fundamentais em detrimento da limitação dos poderes estatais. A segunda projeção ideológica diz respeito à hierarquia da constituição em relação as demais leis, ou seja, a Constituição assume o papel de soberania no ordenamento jurídico, impondo o dever moral de ser respeitada. A terceira e última projeção preconiza que o controle de constitucionalidade, a última palavra é outorgada aos juízes, preferencialmente à Corte Constitucional e não ao legislador (NOVELLINO, 2014).

Por fim, a abordagem metodológica do neoconstitucionalismo, é a mesma utilizada no pós-positivismo, na qual a teoria jurídica deixa de ter uma função

descritiva (cognoscitiva), ou seja, criadora do direito e passa a ser um instrumento de aplicação do direito, oferecendo soluções para os problemas jurídico-constitucionais. Percebe-se que nessa concepção, a metodologia neoconstitucional, ao contrário do juspositivismo, assume uma função prática (DWORKIN 2002, apud CALSAMIGLIA,1998).

Embora haja convergências entre as teorias, ideologias e metodologias, o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo são institutos diferentes. Na visão pós-positivista, a normatividade dos princípios e a centralização dos direitos fundamentais, não permite a separação entre o direito e a moral, ambos seriam esferas complementares. Este é o posicionamento defendido por Ronald Dworkin e Robert Alexy (NOVELLINO, 2014).

Para a concepção neoconstitucionalista, a conexão entre o direito e a moral não são necessários, ocorrem de forma contingente. Essa conexão ocorre porque os valores morais são incorporados nas Constituições através dos princípios e direitos fundamentais. Esta tese da conexão contingente é defendida por Susanna Pozzolo. Em síntese, enquanto o pós-positivismo é uma teoria do direito aplicada a todos os ordenamentos jurídicos, o neoconstitucionalismo restringe-se aos Estados Constitucionais Democráticos.

Em sentido contrário aos renomados autores citados anteriormente, Luigi Ferrajoli, refuta as ideologias do pós- positivismo e neoconstitucionalismo. Segundo o autor italiano, o advento do Estado Constitucional de Direito do século XX que se opõe ao Estado Legal do século anterior, não demonstra uma superação do positivismo, mas tão somente uma complementação (FERRAJOLI, 2018).

Enquanto no Estado legislativo o administrador submete-se à lei, no Estado Constitucional, os juízes e inclusive os legisladores tem sua atuação limitada nos termos da Constituição. Para Ferrajoli, a Constituição permanece como direito positivo, não admitindo que o juiz através do emprego de princípios fundamente suas decisões com base na moral (FERRAJOLI, 2012).

Nesse sentido, o constitucionalismo garantista ou juspositivista rejeita confundir direito com moral. A posição assumida pelo ilustre autor guarda relação

direta com sua visão penalista, visto que a esfera penal é um ramo do direito que conserva o positivismo jurídico, inadmitindo a relativização da legalidade ou sequer das garantias processuais (STRECK, 2013).

1.4 Críticas ao neoconstitucionalismo

Como visto anteriormente, o neoconstitucionalismo foi um movimento que surgiu no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, influenciado por teorias pós-positivistas. O Estado de Direito Legal deu lugar ao Estado de Direito Constitucional. Algumas lacunas do juspositivismo foram preenchidas pelo novo sistema constitucional, porém as mudanças deste novo paradigma desencadearam reflexos no ordenamento jurídico e nas instituições que podem comprometer o funcionamento regular do Estado.

A principal preocupação e ao mesmo tempo crítica às teorias neoconstitucionalistas ocorre em relação à segurança jurídica, uma vez que em detrimento deste valor primordial, privilegiam-se a equidade e a justiça. Ao normatizar os princípios constitucionais, abre-se a possibilidade para a obtenção de decisões plurais e até mesmo contraditórias, uma vez que a sua interpretação pode ocorrer de forma distinta conforme entendimento do julgador. Neste sistema, acredita-se que o operador do direito através dos princípios e valores será capaz de dar a solução correta a cada caso (VIGO, 2008).

A Revolução Francesa criou um modelo de Estado e de Direito no qual o Poder Legislativo ocupava uma função central. A lei representava a vontade do povo, uma vez que era criada por seus representantes legítimos. Segundo Rousseau, “É somente a Lei a quem os homens devem a justiça e a liberdade”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dissertava que apenas a lei poderia estabelecer limites à liberdade (VIGO, 2008).

A constitucionalização, por sua vez, criou um novo tipo de Estado, o Jurisdicional, no qual cabe ao Poder Judiciário a guarda da Constituição. Agora os senhores do Direito são os juízes constitucionais. Essa “superioridade” do Judiciário, coloca em risco a separação dos Poderes, uma vez que através de Súmulas e

Jurisprudências, os tribunais podem vir a criar direito novo, função esta que compete privativamente ao Legislativo, ou determinar se medicamentos de altos custos devem ou não ser financiados pela Administração Pública, papel este que em tese caberia ao Chefe do Executivo.

Ao conferir o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, corre-se o risco de colocar em cheque o Estado Democrático de Direito, uma vez que seus membros, ao contrário dos integrantes do Legislativo e Executivo não são eleitos por sufrágio e tampouco ficam sujeitos a periódica revisão popular, visto que ao passarem o estágio probatório adquirem vitaliciedade no cargo. Dessa forma, ainda que os anseios populares apontem para um lado, sua vontade ficará limitada a aceitação dos Tribunais Constitucionais. “A usurpação judicial da vontade popular sobre a roupagem da interpretação constitucional” (GARGARELA, 1996, p.16).

Outra crítica apontada ao neoconstitucionalismo refere-se ao dogmatismo constitucional criado por esse novo sistema, uma vez que tudo aquilo imposto pelo poder constituinte originário é considerado justo, útil, completo, coerente, ou seja, cria-se uma verdade quase que absoluta e inquestionável. Prova desse dogmatismo é a dificuldade em se reconhecer lacunas, hierarquias e contradições no texto constitucional. Corre-se o risco, portanto, de estar criando uma verdadeira religião, na qual a Constituição é a Bíblia, e os juízes são os encarregados de interpretar a palavra e ministra-la aos juristas (VIGO, 2008).

Como mencionado anteriormente, ao contrário do Legalismo que enaltece as normas em detrimento dos princípios e valores, o novo constitucionalismo potencializa a carga “principlista” das Constituições. Dessa forma, cria-se o risco de haver uma desnormatização do direito, uma vez que em nome dos princípios constitucionais é possível afastar a incidência da aplicação da norma existente, incidindo noutro problema já apontado, a insegurança jurídica. Os princípios, enquanto direito concentrado, interpretam a norma tipificada, determinam seu alcance e ainda mais, podem invalidá-la quando entender que são contrárias a estes (VIGO, 2008).

Nota-se, portanto, que o direito quando normatizado traz maior segurança ao ordenamento jurídico, visto que preconiza a hipótese fática e ao mesmo tempo já

determina a consequência jurídica desta. De modo diverso, o direito quando fundamentado em princípios ou valores é permeado de incertezas e subjetividade, uma vez que depende da atuação do intérprete, nesse caso o magistrado, para aplicá-lo ao caso concreto.

A Suprema Corte ao concentrar em si o poder de dar a única interpretação válida às normas decide ou não se declara a inconstitucionalidade de determinada lei, confere o prazo de sua vigência ou retirada do ordenamento jurídico, podendo inclusive modular os efeitos de sua decisão, levando em consideração as consequências econômicas e sociais. O poder quase ilimitado das Cortes Constitucionais cria outro gargalo jurídico, fazendo com que aos poucos, a jurisprudência vá se tornando a única fonte do direito, e os juristas limitem-se a estudar essas decisões e requerer a sua aplicação por analogia no caso concreto (VIGO, 2008).

Em regra, o poder jurisdicional é exercido por juízes investidos na carreira mediante concurso público de provas e títulos. Contudo, algumas constituições, como a brasileira, trazem exceções a esta regra, permitindo a investidura na jurisdição mediante indicações do Chefe do Executivo. É o caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Embora a nomeação demande o preenchimento de determinados requisitos é, inevitável que haja afinidade política entre o juiz nomeado e o Representante do Executivo que o indicou.

Ao permitir tal prática, há um sério risco de se politizar uma função, que por sinal, é incompatível com a atividade política, possibilitando que as decisões proferidas pela Suprema Corte, embora constitucionais, deixem de ser imparciais e reflitam ideologias político-partidárias, além de colocar em cheque a credibilidade de um Poder, que tem um papel primordial no ordenamento jurídico que é guarda da Constituição (VIGO, 2008).

O ativismo judicial é outra consequência marcante do direito constitucional contemporâneo, sendo severamente criticado pelos juristas. Contudo, devido sua relevância e atualidade, principalmente no cenário brasileiro, será estudado de forma mais aprofundada no próximo capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO II – O ATIVISMO JUDICIAL

Conforme visto anteriormente, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo importaram em uma nova hermenêutica constitucional acerca da interpretação dos princípios elencados na Carta Magna, visto que estes passaram a adquirir um status de norma principiológica. Coube então ao Poder Judiciário a função de definir o sentido e alcance das normas vigentes e confrontá-las com os princípios constitucionais.

Como reflexo desta positivação dos princípios, as leis e atos normativos do Legislativo e Executivo começaram com maior frequência a ser questionados perante o Poder Judiciário, acerca de sua constitucionalidade. Foi aí que o Poder Judiciário passou a ocupar posição de destaque no cenário nacional, decidindo questões importantes dentro da sociedade como questões políticas, morais, criminais, dentre outras.

Essa maior participação, ou intervencionismo do Poder Judiciário, para ver garantido a eficácia das normas constitucionais e o respeito à dignidade da pessoa humana, recebeu a denominação de ativismo judicial, e foi objeto de elogios e críticas por parte dos juristas e estudiosos do direito. Devido ao seu grau de relevância, será estudado de forma mais detalhada neste capítulo.

2.1 A judicialização e o ativismo judicial.

Embora estejam diretamente ligados um ao outro, os termos judicialização e ativismo judicial apresentam características distintas, principalmente no tocante a sua origem. Enquanto a judicialização decorre de um modelo

constitucional adotado pelo Brasil, o ativismo judicial é um modo proativo de se interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2012).

Segundo o professor Luís Roberto Barroso (2012, p.2):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Em síntese, a 'judicialização' é a resolução de importantes demandas dentro da sociedade por intermédio do Judiciário, ou seja, ocorre uma transferência de poder aos juízes e tribunais (HIRSCHL, 2008).

A judicialização é um fenômeno que ocorre por diversas causas. No Brasil, o marco inicial foi o processo de redemocratização, através da promulgação da Constituição de 1988. A partir daí o Judiciário transformou-se num Poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis. Paralelo a isso, a democracia permitiu com que os cidadãos tivessem maior acesso às informações e aos seus direitos, o que refletiu no aumento significativo da procura ao judiciário para ver garantido esses direitos previstos na Carta Magna (BARROSO, 2012).

O Supremo Tribunal Federal, principalmente na última década, ocupou lugar de destaque no cenário nacional, devido a sua postura mais ativa na vida institucional brasileira. Esse protagonismo deve-se à apreciação de questões polêmicas que em tese deveriam ser resolvidas pelos poderes políticos eleitos pelo sufrágio universal. Contudo, a falta de prestígio da política brasileira aliado à sua omissão fizera com que a Suprema Corte tomasse para si essa função (CANOTILHO, 1995).

Nesse período, chegou ao Poder Judiciário demandas envolvendo matérias de conteúdo diversos, como políticas públicas acerca de medicamentos de alto custo, descriminalização do crime de aborto, pesquisas com células tronco, nepotismo, demarcação de terras indígenas, uso de algemas, criminalização da

homofobia, casamento de pessoas do mesmo sexo, multiparentalidade, nomeação de ministro indicado pelo Presidente da República, greve dos servidores públicos e uma infinidade de casos, que em tese, deveria ter sido decidido ora pelo executivo, ora pelo legislativo, porém coube à Suprema Corte dar a última palavra.

Embora essa expansão judicial seja notada com maior frequência nos países que adotaram o *common law* (direito construído a partir de decisões judiciais e não mediante atos legislativos ou executivos), é uma marca das sociedades democráticas contemporâneas em geral. Ao incorporar os princípios em seus textos constitucionais, possibilitou-se a criação de interpretações construtivistas por parte dos órgãos incumbidos da jurisdição constitucional, instituindo um direito judicial (CITTADINO, 2001).

O modelo constitucional adotado pelo Brasil (constituição analítica, abrangente) incorporou à Carta Magna diversas matérias que antes eram disciplinadas tão somente pela legislação ordinária (direitos individuais, prestação estatal, dentre outros). Ao fazê-lo, o constituinte originário transformou Política em Direito e ao mesmo tempo criou uma pretensão jurídica, possibilitando sua formulação sob forma de ação judicial (BARROSO, 2012).

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é outra causa apontada pelos escritores pátrios para a implementação da judicialização. Caracterizado como híbrido ou eclético, combina aspectos do modelo americano e europeu. Pelo controle incidental e difuso (americano) qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar determinada lei no caso concreto quando a considerar contrária à constituição. O controle por ação direta (europeu) permite que determinadas matérias sejam levadas a análise diretamente ao STF (MENDES, 2005).

O ativismo judicial, por sua vez, é um fenômeno dotado de grande divergência conceitual. O escritor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p.152) o define como:

Em termos gerais, o vocábulo é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição. Nesse sentido, o principal comportamento caracterizador do ativismo se relaciona com a expansão do poder decisório que os juízes e as Cortes promovem

sobre os demais Poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando decisões ou atuando nos espaços reservados àqueles.

O ministro do STF Luís Barroso (2012), define o ativismo como sendo um comportamento ativo dos tribunais, atribuindo-lhes uma maior participação na concretização dos valores insculpidos na Lei Maior. Isso se daria por intermédio das técnicas hermenêuticas proativas, determinando o sentido e alcance nas normas constitucionais. Dessa forma, o Legislativo é quem cria as leis, contudo os tribunais confrontam o seu conteúdo a fim de garantir que atendam os anseios do constituinte.

Para o respeitado autor, seriam condutas ativistas: a aplicação direta da Constituição a situações que não estejam expressas no seu texto; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislador que não afrontem a constituição de forma escancarada; e por fim, a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público na matéria de políticas públicas.

Essa maior interferência do Judiciário nos demais Poderes deve-se à retração do Legislativo e Executivo no cumprimento de suas competências constitucionais. A razão para fazê-lo seria o atendimento das demandas públicas, garantindo a efetividade da prestação.

O ativismo judicial não busca invadir a atuação do Poder Legislativo criando direito ou inovando na órbita jurídica, mas extrair as potencialidades do texto constitucional. Mauro Cappelletti (1993), em sua obra “Juízes Legisladores?” afirma que de certa forma ocorre uma criação por parte dos magistrados, visto que toda interpretação abre margem para a criatividade intrínseca, porém nunca de forma arbitrária, afinal respeita elementos processuais e materiais.

O procurador e escritor, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2012, p.12), adepto da teoria do Barroso refere-se ao ativismo como uma forma de atuação do judiciário que seria decorrente de uma opção política. Segundo o mesmo:

Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais

ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).

Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos (2010), traz um conceito negativo da prática ativista sob a argumentação de que ocorre uma atividade atípica da desnaturação do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes, ou seja, o ativismo judicial seria o exercício da jurisdição além dos limites institucionalmente impostos na resolução de litígios subjetivos (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas objetivas (conflitos normativos).

Por fim, Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2010), traz uma visão crítica ao ativismo, assinalando que o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara jurídica, solucionando problemas políticos com base em critérios jurídicos. Essa atuação intervencionista, segundo o referido autor, ocorre pelo desprestígio da lei, ineficiência política e pela malversação dos recursos públicos.

2.2 Objeções ao ativismo judicial.

O constitucionalismo é um modelo característico do Estado Constitucional de Direito e traduz a ideia na qual todo o poder emana do povo (soberano), que o exerce de modo direto (ação popular) ou por meio de seus representantes eleitos. Embora investidos do poder pela vontade popular, os membros do Executivo e Legislativo não podem fazer o que bem entenderem no exercício de seus mandatos, encontrando-se limitados aos valores e regras insculpidos na Carta Magna. Neste modelo adotado (democracia), os problemas e anseios que vão surgindo no meio social, em tese, devem ser resolvidos pela vontade da maioria, respeitando a vontade das minorias (MENDES, 2008).

É nesse sentido que surgem os primeiros questionamentos acerca do ativismo judicial. Os membros do Poder Judiciário ao invalidarem decisões dos representantes do Congresso Nacional ou do Executivo, estariam contrariando diretamente a vontade popular, uma vez que os atos praticados por estes no exercício de suas funções, seriam considerados a própria vontade do soberano.

Ocorre, portanto, o fenômeno do contramajoritarismo, que é a impossibilidade de quem não foi eleito democraticamente invalidar a decisão advinda daqueles escolhidos pela vontade popular (ALMEIDA, 2011).

Em sentido contrário, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso (2009) assenta que embora os magistrados e tribunais não sejam escolhidos pela vontade do povo, estes desempenham um poder político, sendo, portanto, legitimados para invalidar atos dos outros dois Poderes. Segundo ele há dois fundamentos para que isso ocorra, um tem natureza normativa e outro filosófica.

A justificativa normativa baseia-se no fato de que a Constituição, de forma expressa, atribui esse poder ao Judiciário, especialmente à Suprema Corte; e que as democracias, geralmente, reservam uma parcela do poder político a agentes que não ingressam pela via eleitoral. Os magistrados por não possuírem vontade política própria, ao garantirem a aplicação da lei e normas constitucionais ao caso concreto que lhes são submetidos, estariam fazendo reinar a vontade do constituinte e conseqüentemente a vontade do povo. O respeitado autor, faz uma importante ressalva: ao incumbir o Judiciário a competência para atribuir sentido a expressões vagas e indeterminadas, seus membros acabam participando da criação do Direito.

O fundamento filosófico, por sua vez, prediz que a Constituição Federal desempenha dois papéis principais: constitucionalismo e democracia. O primeiro traduz a ideia de limitação do poder e respeito aos direitos fundamentais. O segundo, por conseguinte, é sinônimo de soberania popular, vontade da maioria. Como guardião máximo da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal dar o *veredicto* quando surgir conflitos de interesses entre as regras da democracia e os direitos fundamentais.

Citando as ideias de John Rawls (2000) e Ronald Dworking (1985), o professor Barroso (2009, p.28) defende que ao exercer a jurisdição constitucional, a Suprema Corte deve funcionar como um “fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas”. Dessa forma, os valores e direitos fundamentais devem ser preservados ainda que contrarie a vontade da maioria. Contudo, isso deve ocorrer

de forma equilibrada sem suprimir o papel do Legislativo e Executivo, que representam a vontade popular.

Segundo o professor e constitucionalista Conrado Hubner Mendes (2008), a Constituição Federal ao conferir ao Judiciário a competência do controle de constitucionalidade *judicial review*, acabou por assegurar a supremacia do Judiciário sobre o Legislativo, uma vez que as decisões da Suprema Corte não podem ser revistas por outro poder, ou seja, este órgão detém a supremacia da interpretação da Constituição, e inclusive faz a sua decisão prevalecer sobre as leis e atos normativos criados pelos demais Poderes.

Dessa forma, o exacerbado ativismo e judicialização da política que ocorre no Brasil coloca em risco a própria democracia, afinal as questões públicas de maior relevância social sempre envolvem questões constitucionais e acabam sendo resolvidas pelo Poder Judiciário e não por aqueles que representam a vontade do povo (MENDES, 2008).

O referido autor aponta que deve haver um maior envolvimento dos demais Poderes na deliberação constitucional, e que a democracia e a proteção aos direitos fundamentais não podem ficar exclusivamente a cargo do Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte deve respeitar as deliberações do Congresso Nacional, agindo apenas em evidentes indícios de violação ao Estado Democrático ou à inobservância aos princípios e direitos fundamentais. Em sua obra, Conrado Hubner Mendes (2008, p.26) afirmou que:

Tribunais, sem dúvida, são atores fundamentais, mas não os únicos com a credencial ou a fórmula para encontrar e atualizar o significado da Constituição. Esse não pode ser o único espaço de deliberação constitucional, o único “fórum de princípio”. Do contrário, o direito constitucional se vê reduzido a um conjunto de agentes políticos que, representados tecnicamente por advogados, levam demandas ao judiciário.

Outra objeção ao ativismo judicial apontada pelos constitucionalistas diz respeito ao risco de politização da justiça. Na cultura pós-positivista, o Direito aproxima-se da ética funcionando como instrumento da justiça. O Direito é considerado política apenas em alguns aspectos, tais quais: no que se refere à sua

criação (vontade da maioria expressada através das normas); que sua aplicação produz efeitos na sociedade assim como os atos políticos; e que os magistrados não são seres absolutamente neutros ou livres de qualquer ideologia (BARROSO, 2009). Segundo (Paul Kahn, 2002 apud BARROSO, 2008, p.29): “Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica”.

Para o referido autor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha. O magistrado não pode agir com partidarismo ou tendenciosismo nas suas razões de decidir, estas encontram-se limitadas à fundamentação jurídica. Desta forma, o princípio da motivação impede, por exemplo, que o ministro indicado por uma autoridade política lhe conceda um tratamento diferenciado em relação ao candidato de oposição política àquele que o nomeou para a função.

Carl Schmitt (1998) foi o principal opositor à criação de um tribunal constitucional, sob o argumento de que a judicialização da política se converteria na politização da justiça, criando um sistema juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos. A fim de evitar que isso aconteça os juízes e tribunais devem abster-se de suas idealizações políticas, deve respeitar a presunção de validade das leis e fugir do populismo, garantindo os valores constitucionais e direitos fundamentais ainda que contrarie o clamor social, que na maioria das vezes é movido por paixões (BARROSO, 2009).

Uma das principais críticas ao ativismo judicial refere-se à intervenção do Judiciário nas demais esferas de Poder, ferindo um princípio basilar da Constituição Federal, o da Separação dos Poderes, considerado cláusula pétrea. Tal princípio idealizado na obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu (1748) traduz a ideia da divisão funcional do Poder Estatal para a consecução dos seus fins.

A Constituição Federal no seu artigo 2º traz a seguinte dissertação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Em outras palavras, aprovou ao Legislativo a função de criar o direito positivo, ou seja, as normas. Ao Executivo é incumbido a função

administrativa, a qual se exterioriza principalmente na prestação de serviços públicos. Por fim, o Judiciário é o órgão constitucionalmente atribuído da função jurisdicional (poder de dizer o direito ao caso concreto).

Considerando a ordem constitucional, cada um dos Poderes deve atuar no âmbito de sua competência e fiscalizar com que os demais cumpram a sua atribuição, sistema esse denominado freios e contrapesos, coibindo os abusos no exercício do Poder. Segundo Max Moller (2011), isto é o que justifica a apreciação dos atos do Executivo e Legislativo pelo Judiciário. A harmonia entre os Poderes faz com que as maiorias estejam representadas pelas decisões políticas e possibilita que as minorias recorram ao Judiciário para ver garantido seus direitos.

Contudo, havendo divergência na interpretação das normas, cabe ao Judiciário, especialmente à Suprema Corte o papel de dar a palavra final. Porém, quando o Poder Judiciário atua além de sua competência constitucional, interferindo no núcleo de essencial de atribuições dos demais Poderes, como exemplo, ao adentrar no mérito de questões administrativas ou quando legisla através da edição de Súmulas, ocorre grave ofensa ao referido princípio, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito (MOLLER, 2011).

2.3 A insegurança jurídica.

A segurança jurídica trata-se de um dos mais importantes princípios gerais do Direito, cujo objetivo é assegurar a estabilidade das relações jurídicas consolidadas frente à evolução do Direito. Este princípio encontra-se regulamentado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que preconiza: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CANOTILHO, 1995).

A Suprema Corte, como guardião máximo da Constituição deve garantir que os princípios constitucionais e direitos fundamentais sejam respeitados, inclusive em face de outros Poderes. Dessa forma, caso o legislador inove na órbita jurídica contrariando o previsto no artigo anteriormente supramencionado, cabe ao Poder Judiciário atuar no sentido de invalidar este ato do legislador (BARROSO, 2009).

Todavia, o controle exercido pelo Judiciário frente aos demais Poderes não encontra limites, vez que foi instituído como guardião máximo da Constituição. Dessa forma ao haver divergência acerca de constitucionalidade de leis e atos normativos, o Judiciário será a última instância a se manifestar fazendo com que sua interpretação constitucional venha prevalecer, inclusive sobre a norma posta (MENDES, 2008).

Essa supremacia conferida ao Judiciário contribui para o comportamento ativista deste Poder e acaba gerando insegurança jurídica, uma vez que permite ao juiz ultrapassar o limite da legalidade e operar o direito através de interpretações principiológicas, impondo suas convicções pessoais em seus julgados. Segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Saldanha Palheiro (2017), essa prática equivale a “dar um cheque em branco ao magistrado”.

A crise política e o descrédito da sociedade nos Poderes Executivo e Legislativo são fatores que contribuem para o empoderamento e o crescimento do ativismo Judicial. Desta forma, os juízes vão deixando de lado o seu papel de legisladores negativos e vão adentrando na competência dos demais Poderes (MITIDIERO, 2007).

Esse protagonismo judicial no sentido de o Judiciário ser o órgão incumbido de dar o sentido correto das leis, gera um grave problema, uma vez que os magistrados têm a liberdade de interpretar a norma e aplicá-la conforme suas convicções, desde que fundamente suas decisões. Isso acaba resultando em decisões contraditórias entre os juízes e tribunais e conseqüentemente traz insegurança jurídica à sociedade e aos operadores do direito, afinal a lei passa a ser apenas um norte na busca do direito, passível de aplicação diversa conforme entendimento judicial.

Por fim, é importante salientar que o ativismo judicial como instrumento de enfrentamento a omissão dos Poderes políticos e garantia aos direitos e princípios fundamentais, é necessário e benéfico à sociedade e a ordem jurídica. Porém quando ultrapassa os limites constitucionais impostos coloca em risco o Estado Democrático de Direito e traz insegurança jurídica.

CAPÍTULO III – PÓS-POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO.

O neoconstitucionalismo, conforme abordado no capítulo I deste trabalho, foi um movimento que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, trazendo uma nova concepção acerca da interpretação do direito. A partir de princípios e valores constitucionais elencados nas Cartas Políticas, buscou-se a valorização dos direitos humanos, que foram consagrados com status de direitos fundamentais.

O ativismo judicial, por seu turno, foi um reflexo das mudanças institucionais decorridas da positivação dos princípios no texto Constitucional, que acabou ampliando a atuação do Poder Judiciário, visto ser este o órgão responsável pela interpretação das normas instituídas. Dessa forma é possível afirmar que o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial estão interligados, tendo suas bases ideológicas assentadas na filosofia pós-positivista, tema que será abordado com maior destaque no próximo capítulo.

O constitucionalismo do por vir, ou constitucionalismo do futuro, por sua vez, segundo os autores que defendem este movimento sócio-político, seria o sucessor do neoconstitucionalismo, tendo como premissa fundamental a universalização dos direitos fundamentais, tendo como valores supremos a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade.

3.1 Relação entre Positivismo, Pós-positivismo e o Neoconstitucionalismo.

Antes de adentrar especificadamente no pensamento filosófico Pós-positivista, faz-se necessário uma retomada histórica, ainda que de forma sucinta,

para entender os fatos que o antecederam e de igual modo as ideologias que foram primordiais ao seu desenvolvimento.

O Positivismo foi o sistema jurídico que antecedeu e ao mesmo tempo serviu de base ao Pós-Positivismo. Este movimento surgiu por volta do século XVIII, período entre a transição da Idade Média para a Idade Moderna, como uma forma de limitação ao Poder concentrado e ilimitado dos reis absolutistas. A Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791 criaram um instrumento limitador aos direitos dos cidadãos, considerado o único legítimo a impor-lhes obrigações: a lei (MENDES, 2007).

Esse instrumento ganhou tamanha significância que chegou a ser considerado um verdadeiro dogma, uma vez que representava a expressão máxima da soberania popular. Dessa forma, o poder que anteriormente estava concentrado nas mãos de uma única pessoa, a figura do rei, agora é transferido ao povo e exercido através de seus representantes, que passam a serem os únicos legitimados para a criação da lei (CANOTILHO, 2003).

A lei atinge tamanha importância para a sociedade, que a Declaração francesa de 1789, no seu artigo 6º, traz a seguinte dissertação: “a lei é a expressão da vontade geral” e ao mesmo tempo afirma que: “Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de seus representantes, para a sua formação”. Aquela sociedade aspirava afastar-se dos valores e princípios jusnaturalistas e alcançar um sistema jurídico objetivo que propiciasse segurança jurídica. Surgiu então o positivismo jurídico, equiparando o Direito à lei (BARROSO, 2007).

Segundo os ensinamentos do professor e sociólogo da UFPR, Gustavo Biscaia de Lacerda (2009, p.32) o positivismo:

esse pensamento teve o condão de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei, bem como afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturalistas, uma vez que muitas atrocidades – como a caça às bruxas, a perseguição aos cientistas, etc. – eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não).

Na modernidade, o Positivismo é centrado principalmente nas ideias de

Augusto Comte, Hans Kelsen e Hebert Hart. Comte é considerado o fundador da sociologia e também do positivismo. Uma de suas principais obras foi o Curso de Filosofia Positiva, na qual a ideia central é a separação entre a Igreja e o Estado, ou seja, ele procura dissociar a religião dos aspectos racionais. Segundo o sistema filosófico criado pelo referido autor, o conhecimento humano passa por três estágios: teológico, metafísico e positivo (LACERDA, 2009).

Kelsen, por sua vez, foi o responsável pela elaboração da Teoria Pura do Direito, na qual o direito seria uma ciência independente, livre da moral e de outros ramos do conhecimento como a filosofia e a sociologia. Para ele, as Fontes do Direito deveriam ser buscadas tão somente no Direito, afastando-se dos costumes e valores sociais. Assim o estudo do Direito estaria adstrito à norma jurídica, considerando a moral um fator extrínseco. É possível notar que o autor buscava dar objetividade, autonomia e neutralidade ao Direito (KELSEN, 1994).

Na teoria Kelsiana, a estrutura normativa é hierarquizada, formando uma pirâmide na qual uma norma está fundamentada em outra norma hierarquicamente superior. No topo da pirâmide está a Constituição. Contudo, acima da Constituição está a norma hipotética fundamental, que é o fundamento de todo o ordenamento jurídico. A Constituição está inserida no sentido jurídico-positivo, enquanto a norma fundamental insere-se no sentido lógico-jurídico da Constituição. Para ele a justiça está na própria lei. Ao aplicador do direito cabe apenas constatar sua validade formal, visto que se determinado conteúdo foi positivado deve ser tido como reto e justo (KELSEN, 2000).

Por fim, o positivista (HART, 1996) foi o precursor da teoria de que para que a norma seja considerada válida deve obrigatoriamente ser aceita pelo grupo por ela regido. Segundo o mesmo, há duas espécies de regras: primárias (traz uma obrigação às pessoas, devendo fazer ou deixar de fazer algo) e secundárias (asseguram a criação das regras primárias). Compartilhando a mesma linha de raciocínio de Kelsen, Hart distancia o Direito da moral ou das questões valorativas.

Em síntese: “O positivismo jurídico é então entendido como ciência da legislação positiva, que pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização

da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33). Os princípios, nesse paradigma, têm natureza supletiva ou interpretativa, “são verdadeiros tapa buracos do sistema” (SCHIER, 2005, p. 116), contrário ao que ocorria na filosofia jusnaturalista.

De forma brilhante e sucinta (AGUIAR 2004, p.151) traduz o que este sistema filosófico representou para o Direito:

O positivismo teve seus louros ao criar consistentes fundamentos para o direito se estabelecer como ciência e para a efetivação da segurança jurídica e da liberdade diante dos desmandos dos reis absolutos; criou limites racionais aos arbítrios do poder. Contudo, não conseguiu encontrar soluções diante da “fraqueza da norma para, em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça.

Como mencionado anteriormente, a lei tornou-se um verdadeiro dogma jurídico. Seu distanciamento dos princípios e da moral propiciou segurança jurídica ao sistema, uma vez que afastara praticamente toda a subjetividade na aplicação da mesma. Contudo, pelo desígnio da lei crueldades e injustiças ocorreram na sociedade, e o direito foi utilizado como instrumento para a morte, tortura, guerras, genocídios, etc. Segundo MARMELESTEIN (2008, p. 10) “o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei [...], o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos”.

Posto isso, houve a necessidade de uma aproximação do Direito com a moral, uma humanização do sistema a fim de atingir sua finalidade que é a promoção da justiça social. Surge então o neoconstitucionalismo e junto a ele um novo pensamento filosófico para impor limites valorativos à aplicação do direito, denominado pós-positivismo ou não positivismo (FIGUEROA, 2009). Embora estejam diretamente ligados um ao outro, é importante apontar algumas diferenças entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

O neoconstitucionalismo, característico das sociedades ocidentais, é uma metodologia constitucional, ou seja, um modelo de Carta Política. O pós-positivismo, por sua vez, foi um embasamento teórico (filosófico) do direito para o neoconstitucionalismo. Segundo BARROSO (2007, p.22) “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. Em síntese, pode-se afirmar que o pós-positivismo é a teoria que embasa as ideias do neoconstitucionalismo.

Entre os principais autores considerados Pós-positivistas, merecem destaque: Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, García Figueroa, entre os nacionais: Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, André Rufino do Vale, Humberto Ávila, entre outros. Segundo VALE (2009, p.47) há uma convergência no pensamento dos referidos autores, eles “relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas”, a fim de envolver critérios valorativos na aplicação da norma e possibilitar o alcance da justiça.

O pós-positivismo, foi, portanto, um pensamento teórico responsável por reunir paradigmas antagônicos, positivismo e jusnaturalismo, fazendo com que o Direito e a Moral estivessem interligados. Segundo BARROSO (2007, p.98) “o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”.

Essa nova teoria resultou na abertura valorativa do sistema jurídico. A partir de então, princípios e regras passam a ser considerados normas jurídicas, estando em posição igualitária no ordenamento. O Poder Judiciário ganha papel de destaque nesse novo cenário, uma vez que é o órgão constitucionalmente incumbido de dar a interpretação devida à norma, resolver os conflitos jurídicos existentes e velar para que a justiça seja alcançada através de suas decisões (FERNANDES, 2011).

No tocante ao ingresso dos valores no sistema, é importante ressaltar que o positivismo não afastava a incidência destes no direito. Todavia, os valores ingressavam nas normas tão somente por meio da atividade legislativa, ou seja, a moral era considerada um elemento externo ao direito. Por outro lado, no pós-positivismo, os valores encontram-se presentes tanto na elaboração da norma quanto na aplicação da mesma pelo magistrado. Os princípios passam a ocupar o centro dos sistemas constitucionais. Assim, embora vigente e legal, a norma não deve ser aplicada se for contrária aos valores sociais (ALEXY, 2008).

Na teoria Pós-Positivista, os princípios jurídicos passam a ocupar nova posição dentro do ordenamento, tornando-se espécie de norma jurídica assim como

as regras. Segundo (ÁVILA, 2009) os princípios são normas jurídicas, uma vez que indiretamente estabelecem comportamentos, ou seja, têm o poder de regular condutas, além do mais, os princípios ocupam função estruturante no ordenamento, servindo de base para a interpretação do direito.

Embora ocupem a mesma posição no ordenamento jurídico, Dworkin e Alexy, se dedicaram em apontar as diferenças entre princípios e regras. Ambos os autores utilizam o critério qualitativo para fazer a referida diferenciação. (ALEXY, 2008) classifica os princípios como mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados. Dessa forma, os princípios somente serão satisfeitos quando as possibilidades fáticas e jurídicas o permitirem. As regras, ao contrário, são um grupo de normas que serão satisfeitas completamente ou não serão satisfeitas, isto é, não haverá uma aplicação parcial.

Outra diferença apontada pelo referido autor diz respeito à produção de efeitos. Os princípios podem ser superados ou mitigados por outro princípio caso haja colisão entre eles, fazendo como que um sobreponha ao outro. Por outro lado, as regras não podem ser superadas por outras. Havendo conflito entre regras, uma será declarada inválida em face da outra, ou ambas permanecerão válidas se houver cláusula de exceção. Por fim, os princípios obrigatoriamente devem ser aplicados segundo os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade.

No pós-positivismo, os princípios passam a ocupar a posição central do ordenamento, sendo deslocados dos códigos para os textos constitucionais, onde passam a ocupar papel de destaque (MAMARI FILHO, 2005). Nas Constituições, os princípios positivados representam os valores centrais da sociedade que orientam o direito público e privado. De acordo com BONAVIDES (2009, p.290) “os princípios tornam-se, pois, as normas supremas do ordenamento; convertem-se em norma *normarum*, norma das normas”.

A interligação do direito com a moral, neste sistema jus filosófico, acarretaram no aumento do foco político no Poder Judiciário, uma vez que a norma jurídica é resultante do processo interpretativo. De acordo com ÁVILA (2009, p.30) “as normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos

textos normativos”. Dessa forma cabe ao intérprete fixar o sentido e a extensão do texto normativo, dando aplicabilidade à norma.

Ao incumbir o Judiciário da função de Corte Constitucional e ao mesmo tempo lhe atribuir a participação no processo de construção do sentido das normas, acaba refletindo na transferência de uma parcela do poder político do Legislativo ao Judiciário. Esse fenômeno somado à constitucionalização do direito e a judicialização das demandas sociais provocam uma supervalorização deste Poder e como consequência contribui para o ativismo judicial (SANCHÍS, 2000).

Como visto anteriormente, a aproximação do direito com a moral foi fundamental para o cumprimento da finalidade do direito que é a busca pela justiça. Contudo, alguns autores, dentre eles: Canotilho e Schier alertam para que a subjetividade presente no sistema não se transforme em insegurança jurídica. Para isso é preciso compreender que a Constituição é composta por princípios e regras jurídicas que devem estar em perfeita harmonia, e ainda ressaltar que embora semelhantes não são a mesma coisa.

A este respeito, SCHIER (2005, p.119) afirma que o processo de ponderação na interpretação e aplicação da norma favorece o alcance da justiça, porque insere no direito os valores morais relevantes para a sociedade. Em contrapartida, perde em objetividade, visto que o sistema da ponderação traz consigo um grande viés subjetivo. Nas palavras do autor:

[...] um sistema em que só existam regras é temeroso pela baixa capacidade de ajuste e evolução, um sistema formado apenas por princípios também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional.

3.2 Da evolução do movimento constitucionalista ao Constitucionalismo do Futuro.

A primeira fase do constitucionalismo foi identificada por Karl Loewenstein em 1970, constitucionalismo da antiguidade, a qual se deu entre os hebreus que viviam sob a égide de um Estado Teocrático, cabendo aos profetas a legitimidade para fiscalizar e limitar o poder político dos governantes segundo os ditames

bíblicos. No século V as Cidades-Estado gregas vivenciaram uma democracia constitucional marcada pela identidade entre governantes e governados, visto que o poder estava distribuído igualmente entre os cidadãos ativos (LOEWENSTEIN, 1970).

A próxima fase foi identificada como Constitucionalismo Medieval, tendo como marco a Carta Magna de 1215. Nesse período, as constituições previam formalmente os direitos individuais. Logo após, na Idade Moderna, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 foram documentos que fortaleceram o movimento constitucional consagrando os direitos individuais, que eram direcionados a tão somente uma parcela da sociedade (RIGOLDI; SOARES, 2014).

No século XVIII surge o constitucionalismo clássico também chamado de liberal. A constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e a Constituição Francesa de 1791 são os documentos que inauguram essa fase constitucional. É nesse período que surge a primeira dimensão de direitos fundamentais, quais sejam: a liberdade pessoal, civil e política. Segundo Kant, o Estado Liberal é aquele no qual todos os cidadãos são igualmente livres (KANT, 1996). Uma característica marcante desse período foi a rigidez constitucional e a atribuição do Judiciário em assegurá-la.

O constitucionalismo liberal fundamentou-se nos ideais de valorização do indivíduo e afastamento do Estado. O modelo econômico-liberal deste sistema desencadeou na concentração de renda e ao mesmo tempo na exclusão social. Diante desse fato, o Estado foi invocado para intervir no domínio econômico e coibir os abusos ocorridos. Segundo BOBBIO (1997, p.41) “o liberalismo representa uma doutrina parcialmente igualitária visto que entre as liberdades protegidas estão todas aquelas das quais resultam as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas”.

Essa intervenção Estatal na tentativa de promover as demandas sociais desencadeou no surgimento do constitucionalismo social, inaugurando a segunda dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos de igualdade. Estão englobados nesta dimensão os direitos econômicos, sociais e culturais, sob a

idealização da justiça social. Segundo (Paulo Bonavides, 2003) esta classe de direitos concentrou-se nos países desenvolvidos, por terem inserido o princípio igualitário de forma mais efetiva e programática.

No século XX, após a Segunda Guerra Mundial, surge o constitucionalismo contemporâneo. As constituições desse período são marcadas por seu conteúdo social. Seus textos são carregados de normas programáticas, ou seja, os objetivos a serem alcançados pelo Estado durante sua vigência, por intermédio dos programas governamentais. No Brasil a Constituição de 1988 é um modelo de Constituição programática (RIGOLDI; SOARES, 2014).

É neste período do direito constitucional que surgem os direitos de terceira dimensão, ou seja, os aqueles transindividuais, cujo teor é humanístico e universal. A este respeito WOLKMER (2003, p.09) afirma:

[...] são direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade, seu titular não é mais o homem individual (tampouco), regulam as relações entre os indivíduos e o Estado, mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado.

As sociedades atuais interligadas pela globalização tornaram-se cada vez mais plúrimas ideológica, política e culturalmente, fazendo com que o Estado viesse a reconhecer e garantir direitos como os relativos ao gênero, à personalidade, a religião, às minorias étnicas, dentre outros. Estes novos direitos encontram-se englobados dentro da terceira dimensão. Segundo (TAVARES, 2012) o constitucionalismo contemporâneo é globalizado buscando difundir e propagar a proteção dos direitos humanos por todas as nações.

Por fim, no século XXI, sob o fundamento filosófico Pós-Positivista, surge o neoconstitucionalismo. Neste sistema é evidente a superioridade da constituição frente às demais normas jurídicas, os princípios adquirem o status de norma principiológica, e a dignidade da pessoa humana é elencado ao patamar de supra- princípio. Em suma, enquanto o constitucionalismo moderno busca a limitação ao poder Estatal, o neoconstitucionalismo visa à concretização dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2012).

O constitucionalismo do futuro, por sua vez, projeta o que deveria vir após o neoconstitucionalismo. Segundo Dromi neste sistema deve haver um equilíbrio entre os atributos do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Sob a perspectiva do referido escritor deve ocorrer à universalização dos direitos fundamentais, e as constituições devem fundamentar-se sob sete premissas essenciais. Diante sua relevância e singularidade, o referido tema será objeto de estudo no tópico que se segue.

3.3 O constitucionalismo do futuro e seus valores supremos

A evolução do movimento constitucionalista, de acordo com Dromi, resultará no chamado “*el constitucionalismo del por-venir*”, ou constitucionalismo do futuro, o qual deve ser estabelecido mediante sete premissas fundamentais: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalidade (DROMI, 1997).

Por verdade, entende-se que o poder constituinte deve consagrar e garantir direitos passíveis de serem alcançados pelos governantes, evitando o descrédito da sociedade com a norma posta. De nada adiantaria a elaboração de uma constituição exacerbada de direitos e proteções, porém impossíveis de concreção no mundo fático (RIGOLDI; SOARES, 2014).

Nesta premissa a ética, a transparência e a exequibilidade das aspirações constitucionais são fundamentais, evitando criar falsas expectativas à sociedade como um todo. Isto seria uma forma de limitar o programatismo das normas constitucionais, e ao mesmo tempo institucionalizar o princípio da Reserva do Possível que mitiga aspirações além do que o Estado possa efetivar, salvaguardando, contudo o mínimo existencial (LAZARI, 2011).

No tocante à solidariedade, esta deve ser analisada sob três vertentes. A primeira refere-se à solidariedade entre os povos de diferentes Nações. A segunda traduz a necessidade de implementar expressamente os direitos fundamentais nas Cartas Constitucionais do mundo afora, ou seja, transnacionalizar os direitos de solidariedade. Por último, a solidariedade é empregada como sinônimo de cooperação entre os povos, tolerância. A constituição deve ser instrumento

agregador das diversidades, garantindo a redução das desigualdades raciais, étnicas, religiosas e não simples meio de proteção às minorias (RIGOLDI; SOARES, 2014).

O consenso, por seu turno, entrevê uma constituição resultante de um consenso democrático. Nesse sentido faz-se mister um esclarecimento, haja visto que o consenso não é empregado no sentido de unanimidade ou aprovação absoluta da sociedade, algo que seria impossível face a diversidade ideológica das autoridades investidas do poderio de confeccionar uma nova ordem constitucional. O consenso sequer é sinônimo de expressão de vontade da maioria, mas consubstancia a adesão àquilo que um grupo decidiu em face de um interesse maior visto sob a ótica da solidariedade, sem que haja rupturas na ordem democrática (LAZARI, 2011).

Já a continuidade é uma premissa que implica na vedação ao retrocesso, impedindo a ruptura total do ordenamento em decorrência de transformações na ordem constitucional vigente. A constituição do futuro ao estabelecer as diretrizes que vão estruturar a sociedade deve respeitar a história desse país, os anseios pelos quais as pessoas dele lutaram. E ainda mais, é necessário que a nova ordem constitucional resulte em desenvolvimento dos direitos já consagrados, dando continuidade e não trazendo retrocesso ao que já foi conquistado. De acordo com José Roberto Dromi apud André Ramos Tavares (2012, p.37) “é muito perigoso em nosso tempo conceber Constituições que produzam uma ruptura da lógica dos antecedentes, uma descontinuidade com todo o sistema precedente”.

A participação, por sua vez, é um valor que remonta a necessidade da participação da sociedade na política, fator este preponderante para o avanço do processo democrático. Essa participação não está diretamente ligada ao direito a voto, mas sim a uma participação ativa dos cidadãos na tomada de decisões, construindo uma democracia participativa (RIGOLDI; SOARES, 2014). Esta participação ocorre quando o Estado cria meios para que os cidadãos possam fiscalizar a execução das atividades públicas, ou quando os convoca para decidirem questões cujos efeitos terão grande impacto social, seja via plebiscito ou referendo.

Já a integração dá ao constitucionalismo o status transnacional, por meio de políticas internacionais que implementem a interligação ética, moral, espiritual, cultural entre os diferentes povos. A última premissa intitulada universalização, disserta que as constituições futurísticas consagrem os direitos fundamentais como sendo universais, fazendo com que a dignidade da pessoa humana venha a prevalecer em todo o mundo (LAZARI, 2011).

3.4 A universalização dos direitos fundamentais.

Segundo o entendimento do respeitado jurista argentino José Roberto Dromi, o Constitucionalismo Universal seria o movimento sucessor ao neoconstitucionalismo, tendo como premissa fundamental a universalização dos direitos fundamentais. Essa proposta transformar os direitos humanos em uma política universal enfrenta uma série de desafios, dentre eles o relativismo e o pluralismo cultural. Este tema foi objeto de críticas e discussões pelos estudiosos do direito, conforme veremos a seguir.

A Segunda Guerra Mundial foi marcada não somente pela derrocada de Adolf Hitler, mas por uma série de atrocidades praticadas contra o ser humano. Após o extermínio industrial de todo um povo, a humanidade reconheceu a necessidade de dar o devido valor ao homem. Surgiram então diversos Tratados e Pactos Internacionais que elevaram a dignidade da pessoa humana a um patamar de valor supremo e irrenunciável do ser humano. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Internacional sobre a prevenção e repressão ao genocídio, ambos criados em 1948, são documentos inaugurais da tentativa de internacionalização dos direitos humanos.

A este respeito, Rigoldi; Soares (2014, p.439) afirmam:

Entre 1945 e 1998, outras 114 convenções foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional, afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade. Chegou-se enfim ao reconhecimento de que à própria humanidade, como um todo solidário, devem ser reconhecidos vários direitos: à preservação de sítios e monumentos, considerados parte integrante

do patrimônio mundial, à comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho, à preservação do equilíbrio ecológico do planeta e à punição de crimes contra a humanidade.

Segundo (COMPARATO, 2005) a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, inovou ao afirmar que os povos também são titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como na esfera internacional. É notório no decorrer do tempo o desenvolvimento da proteção à dignidade da pessoa humana em um plano universal. Na atualidade, por exemplo, Tratados ou Convenções de Direitos Humanos prevalecem sobre o ordenamento jurídico dos países que o integram, exprimindo uma certa consciência ética universal.

Adotando o posicionamento favorável a universalização, assim como Dromi, Habermas propõe a criação de uma ética universal (ética do discurso) na qual se construa uma moral imparcial, capaz de garantir a dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo respeitar as diversidades culturais dos diferentes países. No mesmo sentido (APEL, 1996) alega ser imprescindível a criação de uma ética universal, obrigatória para todos os indivíduos, independente da cultura à qual estejam interligados.

Conforme o autor alemão APEL (1996, p.13) “Tendo passado pessoalmente pela virada linguística-hermenêutica-pragmática da filosofia contemporânea, não encontrei nenhuma razão suficientemente forte para abandonar completamente o universalismo transcendental de proveniência kantiana”. Fica clarividente o entendimento do referido jurista de que os direitos humanos são premissas incondicionais e deve alcançar a todos indistintamente.

Em sentido oposto a Dromi e seus defensores estão os juristas que defendem o relativismo cultural, sob a fundamentação de que o conceito de direitos humanos não é uma unanimidade universal, mas varia conforme o sistema político, econômico, cultural, religioso que vigora em cada sociedade. Dessa forma, cada Estado, de acordo com seu processo de formação histórico e os costumes ali vivenciados, cria seu conceito do que é considerado direito fundamental para aquela sociedade específica.

Também contrapondo ao pensamento de Dromi, a escritora Flavia Piovesan (2006, p.142) afirma que: “acreditam os relativistas, o pluralismo cultural

impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade”. Seria, portanto, impossível criar uma constituição homogênea cuja aplicabilidade se estendesse a todos os povos, sob pena de desrespeitar a soberania daquele Estado impondo-lhe uma cultura diversa.

Na tentativa de conciliar as divergentes teorias do universalismo e do relativismo cultural, SANTOS (2003, p.441) defende o diálogo intercultural, visto que todas as culturas embora relativas (dotadas de características peculiares) tem em comum a aspiração de proteção aos direitos fundamentais. O autor aduz: “contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes”.

Isto seria possível através da hermenêutica diatópica, pautada em dois imperativos culturais, que precisam ser aceitos. O primeiro traz um mandamento de que entre as divergências culturais prevaleça aquela que represente o círculo mais amplo, que mais aceite a outra cultura. O segundo imperativo determina que as pessoas e grupos devam ser tratados iguais quando a diferença os inferiorize, e ao mesmo tempo respeite as diferenças culturais caso a igualdade os descaracterize (RIGOLDI; SOARES, 2014).

CONCLUSÃO

Ante as considerações expostas no presente trabalho é possível abstrair algumas conclusões acerca dos fenômenos aqui tratados, especialmente no que se refere ao neoconstitucionalismo, ao ativismo judicial e ao constitucionalismo do futuro.

Inicialmente cumpre ressaltar que o neoconstitucionalismo é uma expressão ampla que comporta diversos significados, podendo representar um modelo constitucional, uma teoria, uma ideologia ou mesmo uma metodologia. Como modelo constitucional limita o Poder do Estado e ao mesmo tempo protege os direitos fundamentais. Sua ideologia é fundamentada na valorização dos direitos humanos e na supremacia da Constituição frente as demais leis no ordenamento jurídico. Cumpre ressaltar, por fim, que o Pós-Positivismo é a teoria que serve de base para o novo constitucionalismo.

O novo constitucionalismo tem como característica marcante a alta carga valorativa e principiológica insculpida em nas Constituições, elevando os princípios a um status de norma principiológica. Várias são as críticas apontadas pelos juristas a este modelo constitucional. As Cartas Magnas, ao privilegiar a equidade e a justiça abre espaço para a insegurança jurídica, visto que os seus textos estão permeados de princípios e conseqüentemente subjetividade.

A constitucionalização do direito resultou na criação do Estado Jurisdicional, atribuindo ao Poder Judiciário o papel de Guarda Supremo e intérprete final da Constituição. Ao fazê-lo, acabou desencadeando dois fenômenos estudados neste trabalho, a judicialização da política e o ativismo judicial. Nota-se,

portanto, que o novo constitucionalismo desencadeou na supervalorização do Poder Judiciário em face do Legislativo e do Executivo, colocando em risco um dos fundamentos do Estado Constitucional, que é a separação dos Poderes, uma vez que através de Súmulas e Jurisprudências, os tribunais podem vir a criar direito novo e decidir questões que são próprias do Poder Executivo. Surge, portanto, um Poder julgador, legislador e administrador.

Dessa forma é possível afirmar que o ativismo judicial é um fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo, que trouxe uma nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios. A partir de então, a constitucionalidade das leis e atos normativos do Legislativo e Executivo começaram com maior frequência a ser questionados perante o Poder Judiciário. Questões importantes como política, saúde, aborto, uso de células tronco, uniões homo afetivas, dentre várias outras, foram decididas pelo Judiciário, que ganhou projeção no cenário nacional.

Essa maior participação, ou intervencionismo do Poder Judiciário, para ver garantida a eficácia das normas constitucionais e o respeito à dignidade da pessoa humana, recebeu a denominação de ativismo judicial, e foi objeto de elogios e críticas por parte dos juristas e estudiosos do direito. Cumpre ressaltar que embora semelhantes, os institutos judicialização e ativismo judicial não são iguais.

O ativismo judicial é uma atuação do Poder Judiciário além dos limites que lhe são conferidos pela Constituição Federal. Segundo o ministro Luís Barroso, é um modo proativo de se interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A Judicialização, por sua vez, é a resolução pelo Judiciário de questões de larga repercussão política ou social e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Legislativo e o Executivo.

O constitucionalismo, assim como a sociedade, é um movimento que está em constante evolução e aperfeiçoamento. É nesse contexto que surge o constitucionalismo do por vir, ou constitucionalismo do futuro, como um movimento sócio-político, sucessor ao neoconstitucionalismo, tendo como premissa fundamental a universalização dos direitos fundamentais, e como valores supremos

a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade. O principal defensor desta teoria é o jurista argentino José Roberto Dromi.

Segundo o referido autor, o constitucionalismo do futuro projeta o que deveria vir após o neoconstitucionalismo. Neste sistema deve haver um equilíbrio entre os atributos do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Sob a perspectiva do referido escritor deve ocorrer à universalização dos direitos fundamentais, e as constituições devem fundamentar-se sob sete premissas essenciais.

Embora a sua teoria seja objeto de críticas pelos estudiosos do direito, sendo a principal delas a falta de efetividade ou possibilidade de concretização das premissas consideradas fundamentais, o objetivo deste novo movimento é a correção das falhas do constitucionalismo atual. Busca-se, por exemplo, com a premissa da verdade, a consagração de direitos passíveis de exequibilidade, evitando o descrédito da sociedade para com a norma posta.

Busca-se também a solidariedade entre os povos na ampliação dos direitos à dignidade da pessoa humana. A continuidade é um atributo que deve estar presente na elaboração de uma nova Carta Constitucional, vedando o retrocesso ou ruptura total dos direitos e garantias conquistados ao longo da história. Por fim, a universalização dos direitos fundamentais é o ponto clímax do constitucionalismo do futuro.

Ocorre que essa proposta transformar os direitos humanos em uma política universal enfrenta uma série de desafios, dentre eles o relativismo e o pluralismo cultural, impossibilitando a criação de uma constituição universal que fosse capaz de englobar e respeitar as particularidades de cada povo. Contudo, os defensores da teoria apontam para a possibilidade da criação de uma moral universal e imparcial, que respeite as diversidades culturais. Isto seria possível por intermédio da hermenêutica diatópica, fazendo com que prevaleça a cultura mais ampla, ou seja, a que mais respeite a outra; e, por conseguinte todas as pessoas devem ser tratadas igualmente, sem que se descaracterizem as suas diferenças.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. **Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói: Impetus, 2004.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo Judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 2930, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 10 ago. 2019.

APEL, Karl Otto. Como fundamentar uma ética universalista de corresponsabilidade que tenha efeito sobre as ações e atividades coletivas? Trad. Anna Maria Moog Rodrigues. In: **Ethica cadernos acadêmicos**. Nº4. Rio de Janeiro: UGF, 1996.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional RBDC**, v.7, n.1, páginas 1/13, janeiro/junho de 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/311/304>. Acesso em 02 de abril de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista (SYN)THESIS**, v.5, n.1, páginas 20/32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro/RJ v.2, n.1, páginas 1/48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641/9106>. Acesso em 11 de abril de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: UNISSINOS, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização de legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almeida, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Editora: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 2, página 135, 2001/2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: *un análisis metateórico.* In: **Neoconstitucionalismo.** 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 75 (*Colección Estructuras y Processos, Série Derecho*).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4ªed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

DROMI, José Roberto. *La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “porvenir”.* In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord). **El derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana.** Madrid: Fundación BBV, 1997, p.107-116.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Harvard University Press, 1985. Na tradução para o português: DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial**: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, PPGSD-UFF, Niterói, v. 12, 2012. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>. Acesso em: 10 ago. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.48, n.189, p.108, janeiro/março, 2011. In: Lacerda, Gustavo Biscaia de. **Augusto Comte e o positivismo redescobertos**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>. Acesso em: 08 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. *Porto Alegre: Livraria do Advogado*, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid: Trotta, 2009a.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. *Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.). **The Oxford handbook of law and politics**, 2008, p. 124/5.

Kahn, Paul. **Comparative constitutionalism in a new key**, *Michigan Law Review* 101:2.677, 2002/2003.

KANT, Immanuel. **The Metaphysics of morals**. New York: Cambridge University Press. 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o positivismo redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, out. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010444782009000300021&script=sci_arttext&tlng=in. Acesso em: 09 out. 2019.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões críticas sobre a viabilidade de um “constitucionalismo do futuro” no Brasil: Exegese valorativa. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v.9, n.9, p.91-112, jan./jun.2011.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MAGALHÃES, Valeria Caldi de. Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre/RS, v.28, n.60, páginas 129/146, jul/dez de 2004. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22173109-rpge60livro.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2019.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro/RJ: Editora Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MÖLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis – Coleção Os Pensadores**. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017.

(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 2, 2004.

NOVELLINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. 7ªed. rev. ampl. at. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo/SP: Editora Atica, 2000.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Cascavel, v.4, n.1, página 73, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>. Acesso em: 05 ago. 2019.

RIGOLDI, Vivianne; SOARES, Andréa Antico. O constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 12, jan. 2014. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/411>. Acesso em: 21 oct. 2019.

SALDANHA, Antonio Palheiro. Ativismo Judicial é perigoso e provoca insegurança. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/ativismo-judicial-perigoso-provoca-inseguranca-ministro-stj>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira e Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução livre.

STRECK, Lenio Luiz. O Constitucionalismo no Brasil e a Necessidade da Insurgência do Novo: De como o Neoconstitucionalismo não supera o Positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC**, Florianópolis/SC, v.1, n.1, páginas 1/28, dezembro de 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23/27>. Acesso em 05 de abril de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.

VIGO, Rodolfo Luís. Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista do Curso de Direito da UFSM**. Cascavel/PR, v.3, n.1, páginas 1/50, março de 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6829/4145>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos. *In*: Wolkmer, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os 'novos' direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil***. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.