



Julio 2019 - ISSN: 1989-4155

## NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Ândreo da Silva Almeida<sup>1</sup>

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Ândreo da Silva Almeida (2019): "Neoconstitucionalismo e a judicialização da política no Brasil", Revista Atlante: Cuadernos de Educación y Desarrollo (julio 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/atlante/2019/07/judicializacao-politica-brasil.html>

### RESUMO

O presente trabalho versa sobre a influência do neoconstitucionalismo para que determinados temas, antes considerados eminentemente políticos, sejam decididos por juízes e tribunais, ensejando o processo conhecido como judicialização da política no Brasil. A pesquisa tem como objetivo principal identificar a existência de uma relação entre o neoconstitucionalismo e o fenômeno da judicialização da política no país. Busca definir o que é neoconstitucionalismo e suas características principais, analisa o surgimento da fase contemporânea do constitucionalismo, a ascensão da jurisdição constitucional nessa fase e a sua relação com a judicialização da política no Brasil.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, Constitucionalismo Contemporâneo, Jurisdição Constitucional, Judicialização da Política, Ativismo Judicial.

### ABSTRACT

The present work is about the influence of neoconstitutionalism so that certain issues, previously considered eminently political, are decided by judges and courts, giving rise to the process known as judicialization of politics in Brazil. The main objective of the research is to identify the existence of a relationship between neoconstitutionalism and the phenomenon of judicialization of politics in the country. It seeks to define what is neo-constitutionalism and its main features, analyzes the emergence of the contemporary phase of constitutionalism, the rise of constitutional jurisdiction in this phase and its relationship with the judicialization of politics in Brazil.

**Key-words:** Neoconstitutionalism, Contemporary Constitutionalism, Constitutional Jurisdiction, Judicialization of Politics, Activism Judicial.

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o direito constitucional tem se submetido a intensas transformações em virtude da posição que as constituições passaram a ocupar nos ordenamentos jurídicos, bem como pelo desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional que se afasta da legalidade estrita e reconhece a força normativa dos princípios. Nesse cenário, a jurisdição constitucional começa a exercer um papel relevante nas decisões políticas, de sorte que temas que durante muito tempo eram

deliberados pelo processo político majoritário estão sendo decididos, em caráter final, por tribunais e juízes investidos de jurisdição constitucional.

No Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o Poder Judiciário tem exercido uma função de destaque na política nacional, sendo instado a deliberar sobre temas eminentemente políticos. Esse processo de deslocamento de questões que caberiam ao Executivo e Legislativo decidir para que sejam resolvidos pelo Judiciário é denominado pela doutrina de judicialização da política.

Assim, almeja-se no presente trabalho investigar a relação estabelecida entre o neoconstitucionalismo e o surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil, de modo que, ao final, seja possível concluir se há ou não alguma interferência do primeiro sobre o segundo.

Ademais, a pesquisa traz como objetivos específicos: definir e apresentar as características do neoconstitucionalismo; demonstrar a valorização da jurisdição constitucional na fase contemporânea do constitucionalismo, a partir da análise do seu marco histórico; e apontar os principais motivos para a ocorrência da judicialização da política no Brasil.

Registre-se que, para alcançar os objetivos traçados, o trabalho adotará uma metodologia baseada na pesquisa doutrinária, focando a investigação nas obras atinentes ao Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Teoria do Estado.

## 2 A COMPLEXIDADE NA DEFINIÇÃO DE “NEOCONSTITUCIONALISMO”

Vivemos num tempo em que a sociedade é marcada por mudanças repentinas de seus valores afastando-se do modelo tradicional de ordem social, caracterizada pelos padrões de estabilidade, segurança e certeza nas relações intersubjetivas, a ponto de hoje, afetados pelo modo de vida pós-moderno, sermos obrigados a nos adaptar a uma vida permeada por indefinições, incertezas e até mesmo por medo.

O Direito, considerado como instrumento de “realização da convivência ordenada”<sup>2</sup>, não poderia passar ao largo de tal transformação, razão pela qual se amoldou às novas demandas da sociedade contemporânea, objetivando se desincumbir da essencial e difícil tarefa de estabelecer um convívio ordenado entre os homens na pós-modernidade.

O direito constitucional, devido à sua importância na organização do Estado e na proteção dos direitos fundamentais, foi o ramo que sofreu as maiores mudanças. Isto porque a alteração significativa no grau de relevância atribuído pela sociedade à Constituição criou uma nova visão acerca da interpretação da Lei Maior, onde os princípios constitucionais ganham destaque por serem dotados de força normativa.

Com efeito, nessa nova fase o aplicador do direito não está mais limitado a realizar a subsunção do fato à norma, vez que, em alguns casos, terá que se socorrer da técnica de ponderação dos princípios, onde a resolução da lide será formulada com base nas vicissitudes de cada caso. Tal mudança se justifica na complexidade das demandas contemporâneas, as quais fogem à criatividade do legislador ordinário, que não consegue desenvolver um preceito em abstrato que as resolva.

Percebe-se a dimensão que esta mudança acarreta no direito constitucional quando a doutrina passa a afirmar que a fase atual é marcada por um neoconstitucionalismo.<sup>3</sup>

Sobre o neoconstitucionalismo, em que pese haver ampla produção científica e doutrinária, encontra-se, ainda, muita dificuldade em traçar um conceito para o fenômeno, visto que a fase atual do constitucionalismo é formada por pensamentos de juristas com linhas heterogêneas.<sup>4</sup> Ocorre que, mesmo havendo diferenças entre os pensamentos de tais juristas, identificam-se pontos em comum nas teorias por eles desenvolvidas.

Assim, faz parte da natureza do neoconstitucionalismo haver divergências entre as ideias dos autores que o fundamentam, sendo inclusive considerado por parte da doutrina inapropriado a utilização da denominação “neoconstitucionalismo”, posto que o termo contempla teorias díspares, as quais não podem ser inseridas numa classe comum.<sup>5</sup>

Tal heterogeneidade faz com que haja variantes entre um conceito e outro de neoconstitucionalismo, o que levou o aclamado constitucionalista Miguel Carbonell a intitular a coletânea de sua organização de “*Neoconstitucionalismo(s)*”, haja vista que para o autor mexicano não há um conceito uniforme de neoconstitucionalismo, mas sim uma pluralidade de interpretações acerca da fase atual do direito constitucional, havendo entre essas diversas interpretações pontos em consonância. Portanto, na visão do autor, são esses pontos em comum nas teorias sobre o modelo atual de constitucionalismo que autorizam agrupá-las numa mesma classe, ainda que, devido à heterogeneidade, não seja possível alcançar uma definição precisa para tal classe.<sup>6</sup>

Dessa forma, cumpre referir que o principal ponto de convergência dos autores neoconstitucionalistas está na superação da teoria hermenêutica própria do positivismo jurídico, pois não aceitam que diante de *hard cases*, onde há um conflito de normas na solução do caso, a escolha da interpretação a ser aplicada seja uma decisão política, fruto exclusivamente da vontade do agente competente. Em outras palavras, significa dizer que o neoconstitucionalismo visa a superar o subjetivismo na interpretação do direito, reconhecida por Kelsen no capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”<sup>7</sup>, para que seja possível encontrar uma “interpretação correta” para o caso concreto, sem que tal interpretação se reduza a um ato de escolha do intérprete.

Nessa esteira, Susanna Pozzolo assevera que não há uma definição uniforme de neoconstitucionalismo, sendo possível realizar várias leituras do termo, todavia, destaca que o denominador comum dos autores neoconstitucionalistas é a crítica ao positivismo jurídico, o qual não suporta as exigências do Estado Constitucional moderno:

[...] el término “neoconstitucionalismo” no posee un significado unívoco y de él se pueden hacer diversas lecturas, con tal término quiero indicar la prospectiva iusfilosófica en el ámbito de la cual pueden estar comprendidas la obra de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky y de Robert Alexy (por citar casos muy conocidos y paradigmáticos). Así identificado, el neoconstitucionalismo me parece que se presta sobre todo a una lectura estrictamente anti-iuspositivista (o iusnaturalista). Mi parecer se basa estrictamente en algunos datos que se encuentran en la literatura neoconstitucionalista, como las evidentes críticas que los autores agrupados bajo tal apelativo dirigen al iuspositivismo. Se me podría objetar que es azaroso etiquetar a autores tan distintos bajo la denominación de “neoconstitucionalismo”, extraña a gran parte de ellos. En realidad, todos estos autores se pueden poner en común porque critican el positivismo jurídico en tanto que incapaz de dar cuenta del moderno Estado Constitucional.<sup>8</sup>

De fato, o neoconstitucionalismo abandona o positivismo jurídico e adota como fundamento filosófico o pós-positivismo<sup>9</sup>, compreendido na harmonização dos pensamentos jusnaturalistas e positivistas. Ocorre, portanto, o abandono da tradição de se adotar uma corrente filosófica pura e constitui-se um modelo híbrido, que permite compatibilizar ideias tidas como inconciliáveis nos modelos puros, a exemplo do Direito e a Ética.

O pós-positivismo desvencilha-se dos mitos que ao longo do século XIX e XX afastaram o Direito da Filosofia. No cenário atual, a dogmática jurídica que tinha como objeto apenas a lei e o ordenamento jurídico apresenta-se insuficiente à solução dos problemas da pós-modernidade, visto que a tese no sentido do sistema jurídico ser íntegro e autossuficiente evidencia a sua fraqueza diante dos *hard cases*, bem como o juiz *la bouche de la loi* não consegue revelar a verdade nos comandos abstratos da lei, colocando em xeque a sua neutralidade como intérprete. Supera-se, assim, a perspectiva pura do positivismo jurídico, na medida em que se reconhece que o Direito não está integralmente na lei, sendo possível aplicá-lo independente de sua positivação, desde que guardados os limites da hermenêutica constitucional e o seu fim precípua seja a efetivação da justiça.

Para Barroso, o pós-positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo e pode ser definido da seguinte forma:

o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria

dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>10</sup>

Em vista disso, ainda que não seja possível traçar uma definição para o termo “neoconstitucionalismo”, podemos elencar entre as principais características do fenômeno: a) a supremacia dos direitos fundamentais constitucionais; b) a força normativa da Constituição, tanto nas regras como nos princípios; c) a sobreinterpretação da Constituição, para dela deduzir princípios implícitos; d) a universalidade aplicativa da Constituição, ou seja, a possibilidade de aplicação direta sobre todas as relações jurídicas, seja de que ramo forem; e e) a orientação ética da Constituição, com rigoroso respeito dos valores implícitos nos direitos fundamentais e no seu *ethos* democraticamente legitimado.<sup>11</sup>

### 3 O PROCESSO HISTÓRICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A VALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Para compreender a importância do papel do Poder Judiciário no neoconstitucionalismo, evidenciado, sobretudo, na substituição das concepções procedimentalistas de democracia em favor de teorias substancialistas que limitam a atuação dos legisladores<sup>12</sup>, faz-se imprescindível, ainda que de forma perfunctória, uma análise do seu processo histórico.

A doutrina aponta como marco histórico do neoconstitucionalismo o processo de redemocratização da Europa após o término da Segunda Guerra Mundial, vez que tal processo foi responsável por redefinir o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as demais instituições contemporâneas.<sup>13</sup>

Esse período foi marcado pela aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia, de modo que é superado o modelo identificado como Estado Legislativo de Direito<sup>14</sup> para que seja estabelecido o Estado Constitucional de Direito, onde a Constituição passa a valer como norma jurídica e a validade das leis não depende apenas da forma de elaboração (processo legislativo), mas também da compatibilidade de seus conteúdos com as normas constitucionais, sendo a Constituição um verdadeiro limite material à atuação do Legislativo.<sup>15</sup>

Ainda sob um viés histórico, Dalmo Dallari, explica que a fase atual do constitucionalismo se deve ao fato das potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial terem derrotado sistemas ditatoriais, como nazismo e fascismo, o que influenciou a busca pela instauração de sistemas que fossem essencialmente democráticos e que impedissem o aparecimento de novas formas totalitárias. Desse modo, iniciou-se uma fase de profunda reformulação dos sistemas jurídicos, visando à afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana em leis superiores, dotadas de plena e máxima eficácia jurídica, sem as exclusões e discriminações introduzidas na organização social pelos padrões da liberal-burguesia. Segundo o autor, algumas mudanças de paradigmas retratam o fenômeno, como é o caso do humanismo, em lugar do individualismo, dignidade da pessoa humana, em lugar do patrimonialismo, a Constituição como norma jurídica superior, igual para todos e instrumento de afirmação e garantia dos direitos fundamentais<sup>16</sup>.

Tendo em vista que as experiências comprovaram que o poder concentrado nas maiorias políticas pode instaurar um cenário de barbárie, como ocorrera no nazismo, adota-se nas novas constituições uma tendência por fortalecer o Poder Judiciário, sobretudo a jurisdição constitucional e o seu papel contramajoritário, atribuindo a este Poder mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais para limitar o campo de atuação do legislador.<sup>17</sup>

Tal proteção é alcançada com base na premissa de superioridade hierárquica das normas constitucionais em relação às demais normas, pois, assim, passa-se a imunizar os direitos fundamentais insculpidos nos textos constitucionais da discricionariedade política ordinária, obrigando qualquer grupo político – inclusive maiorias eventuais – a observá-los e respeitá-los na tomada de decisões políticas. Nessa quadra, a jurisdição constitucional exsurge como o principal instrumento de proteção e concretização das garantias constitucionais, a ponto do Poder Judiciário desempenhar tarefas que, originariamente, caberiam ao Poder Legislativo ou Executivo, como a efetivação de direitos fundamentais estampados nas constituições.<sup>18</sup>

Inegável, portanto, que em decorrência dos aspectos trazidos para a teoria do direito pelo neoconstitucionalismo houve uma releitura do princípio da separação dos poderes, dado que o Poder

Judiciário deixou de ser aquele poder quase “nulo” previsto na separação estrita de poderes pós-revolução francesa (a mera “boca que pronunciava as palavras da lei”) para ocupar um papel de destaque no desenho institucional do Estado, decidindo questões de relevância social, que, em regra, deveriam ser decididas por meio do processo político majoritário.

#### **4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO CONSEQUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL**

Conforme narrado acima, a própria estratégia de redemocratização da Europa no pós-guerra fez com que o Poder Judiciário viesse a ocupar um papel de destaque no cenário político, mormente em razão da tendência de depositar no Poder Judiciário (em especial nos órgãos que exercem a jurisdição constitucional) a função de garantia e promoção dos direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais daquela época.

No Brasil, as tendências do neoconstitucionalismo chegam, de modo tardio, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que trouxe no seu corpo um vasto catálogo de direitos fundamentais. Além disso, a Carta Magna de 1988 tratou de facilitar o acesso à jurisdição constitucional, sobretudo no que tange ao Supremo Tribunal Federal, sendo exemplo disso o aumento no número de legitimados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (artigo 103 da CF)<sup>19</sup>, que antes era exclusividade do Procurador Geral da República.<sup>20</sup>

As mudanças introduzidas pelo neoconstitucionalismo no Brasil colocaram o Poder Judiciário em evidência, sendo considerado por ministros do Supremo Tribunal Federal o “detentor da última palavra”, ou seja, um Poder que está acima dos demais no desenho institucional, o que vai de encontro à ideia de harmonia entre os três poderes e ao equilíbrio institucional traçado no sistema de freios e contrapesos.<sup>21</sup>

Contudo, em meio a este cenário de expansão da jurisdição constitucional, tem se verificado uma verdadeira judicialização da política no Brasil, o que, a princípio, não é benéfico ao regular funcionamento das instituições, pois, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>22</sup>, “a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça”.

A força normativa atribuída à Constituição na fase atual do constitucionalismo faz com que a concretização dos direitos fundamentais deixe de ser tarefa afeta ao Poder Legislativo e Executivo como se davam no Estado Liberal e Social, respectivamente, e passa também a ser de responsabilidade direta do Poder Judiciário, na medida em que a ele, quando provocado, cabe suprir as inércias dos demais poderes no tocante à proteção e efetivação desses direitos.<sup>23</sup>

Diante disso, compreende-se a judicialização da política no fenômeno de deslocamento de questões eminentemente políticas, que originariamente caberiam ao Poder Legislativo e Executivo decidir, para a seara do Poder Judiciário, responsável por deliberá-las em caráter final.<sup>24</sup>

Ocorre que, no Brasil, o Judiciário tem exercido demasiadamente a tarefa de efetivação das garantias fundamentais, haja vista que os constituintes de 1988, em virtude das disputas entre os grupos que buscavam a hegemonia na elaboração do Texto Constitucional, optaram por deixar para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Constituição, os quais seriam efetivados através do novo arranjo de forças que a própria Constituição iria inaugurar.<sup>25</sup> Esta opção justifica-se no fato da Constituição de 1988 ter sido inspirada na Portuguesa de 1976, com forte influência da teoria de constituição-dirigente de Canotilho.<sup>26</sup>

Assim, a judicialização da política foi o caminho escolhido pelo próprio legislador constituinte para que as promessas constitucionais não se tornassem “letra morta da lei”, como ocorrera nos ordenamentos jurídicos anteriores, nos quais a Constituição era considerada apenas um documento político carente de força normativa e aplicação imediata.

Nota-se que o processo engendrado pelo legislador constituinte de 1988 é mais perceptível hoje do que em relação aos primeiros anos de vigência do Texto Constitucional. Isto, sob o ponto de vista sociológico, se atribui ao fato da sociedade ter se aproximado do Poder Judiciário, mediante políticas de facilitação do acesso à justiça, tais como: a estruturação da Defensoria Pública; ampliação dos legitimados ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade; aumento do número de faculdades de direito, *etc.*<sup>27</sup>

Ademais, Ran Hirshl denomina essas políticas de ampliação do acesso à justiça de “estrutura de suporte à mobilização jurídica”, pois, segundo o autor, a mera tendência neoconstitucional de positivar os direitos fundamentais nas constituições não basta para que semeiem mudanças sociais,

sendo necessária a existência de uma estrutura de mobilização jurídica da sociedade civil para que se verifique o fenômeno da “judicialização vinda de baixo”.<sup>28</sup>

Há que se consignar, portanto, que os instrumentos processuais jurídicos previstos na Constituição desempenham um papel fundamental no processo de judicialização da política, vez que a efetividade dos direitos fundamentais depende da capacidade de controle por parte da comunidade das omissões do poder público. Nessa linha, o novo direito constitucional brasileiro trouxe para a sua estrutura tais institutos de controle das omissões, como é caso do mandado de injunção e ação direta de constitucionalidade por omissão, os quais viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor da dignidade da pessoa humana.<sup>29</sup>

Todavia, em que pese seja inexorável que a teoria neoconstitucional contribuiu para a judicialização da política no país, não se pode imputar somente a ela a responsabilidade pelo fenômeno, dado que a atuação do Legislativo e Executivo é decisiva para que algumas questões políticas sejam resolvidas pelo Judiciário.

Neste ponto, não há como negar que a crise da democracia representativa colabora significativamente para que a sociedade busque as respostas para os seus anseios diretamente nos tribunais, pois a desconfiança em relação aos representantes do povo faz com que os cidadãos descreditem que a solução possa vir por meio do processo político.

Segundo a análise de Badinter e Breyer, o declínio da confiança da população no Parlamento e o crescimento do descrédito nos políticos fomentam o prestígio da sociedade pelo Judiciário, uma vez que seus membros são vistos como garantidores dos direitos básicos de cidadania. Somado a isso, o fato de os juízes serem considerados anônimos, quando comparados com outros ramos do Estado, como Legislativo e o Executivo, confere a eles maior confiança.<sup>30</sup>

Não se pode olvidar, também, que em alguns casos a judicialização da política é provocada propositalmente pelos membros do Legislativo e Executivo. Isto ocorre, em regra, quando a questão a ser deliberada possui controvérsias de conteúdo moral que dividem a sociedade, pois a decisão sobre tal questão sempre gerará um descontentamento de parcela da população, o que, analisado do ponto de vista eleitoral, afigura-se prejudicial à pretensão de reeleição do parlamentar ou do administrador público.

Sobre o tema, Vanice Regina Lírio do Valle, alerta que tanto o Executivo quanto o Legislativo podem se valer dessa estratégia de transferência de poderes para retirar temas controvertidos do debate político, os quais dificilmente seriam decididos em sentido favorável, tendo em vista a falta de consenso na sociedade ou porque não foram suficientemente debatidos. Aduz, ainda, que a judicialização dessas questões polêmicas reduz os custos, tanto no plano eleitoral quanto no de apoios políticos, de uma decisão controvertida.<sup>31</sup>

No Brasil, diante dessa inércia planejada dos órgãos originariamente competentes para a tomada de decisão, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a solucionar temas altamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, como: uniões homoafetivas (ADPF n.º 132/RJ), interrupção de gravidez de feto anencéfalo (ADPF n.º 54/DF), pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n.º 3510/DF), descriminalização do uso de drogas (RE n.º 635659), etc.

Infere-se, a partir dessa breve abordagem, que a judicialização da política no Brasil decorre de fatores externos às opções políticas do Poder Judiciário, ou seja, a transferência das questões de relevância política, social ou moral para a esfera do Judiciário não pode ser atribuída ao comportamento dos tribunais e dos juízes. Ressalte-se, aliás, que a causa do fenômeno está muito distante da atividade dos membros do Judiciário, os quais são regidos pelo princípio da inércia da jurisdição, de modo que, quando provocados, se veem obrigados a prestar a tutela jurisdicional.

Destarte, com base nessa análise, pode-se afirmar que o surgimento da judicialização da política no país está ligado a dois grandes fatores: primeiro, a tendência neoconstitucional da Constituição de 1988, implantada por meio de um texto de caráter extremamente dirigente e prospectivo, resultando num vasto rol de direitos fundamentais, onde, devido à falta de concretização, muitos se tornaram verdadeiras promessas constitucionais; segundo, a baixa eficiência do Legislativo e Executivo no processo de materialização das normas constitucionais, que pode ser justificada na ausência de participação política de grande parte da sociedade que deixa de fiscalizar os seus representantes, tendo em vista a forte descrença na possibilidade de alcançar conquistas sociais por meio do processo político.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações sociais na pós-modernidade apresentam um alto nível de complexidade, de modo que o Direito, para continuar a exercer a sua função de estabelecer a ordem social, necessitou se submeter a um importante processo de transformação. Nesse processo o ramo que sofreu as mudanças mais significativas foi o direito constitucional, pois se inaugura um período em que tanto as regras quanto os princípios plasmados na Constituição são dotados de força normativa, erigindo a Carta Magna a uma posição de destaque no ordenamento jurídico.

Essa reformulação na interpretação da Lei Maior fez com que a doutrina denominasse a fase atual do constitucionalismo de “neoconstitucionalismo”. Entretanto, ao investigar a definição de “neoconstitucionalismo”, constata-se que não há como traçar um conceito uniforme, visto que o modelo é formado por pensamentos de juristas com linhas teóricas divergentes. Todavia, entre a teoria de todos esses autores identifica-se um ponto em comum, considerado a marca do “neoconstitucionalismo”, qual seja: a superação da teoria hermenêutica própria do positivismo jurídico.

Destarte, não obstante a dificuldade em definir o termo “neoconstitucionalismo”, verifica-se que o fenômeno tem como principais características: a) a supremacia dos direitos fundamentais; b) a força normativa da Constituição; c) a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional; d) a possibilidade de aplicação direta da Constituição em todas as relações jurídicas; e e) a aproximação do Direito com a Ética.

Ademais, nota-se a importância da jurisdição constitucional no neoconstitucionalismo quando é analisado o seu processo histórico. Neste ponto, percebe-se que a nova visão do direito constitucional surge em meio ao processo de redemocratização da Europa após o término da Segunda Guerra Mundial, momento em que a sociedade passa a positivar os direitos fundamentais em leis superiores, a fim de que tais garantias fiquem imunes à discricionariedade do processo político majoritário e não sejam suprimidas por majorias eventuais que ocupem o poder.

Exatamente através do fortalecimento da jurisdição constitucional que a sociedade alcança a segurança desejada, vez que é atribuído a ela a função de proteção e efetivação dos direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais. Desse modo, os órgãos incumbidos de exercer a jurisdição constitucional começam a controlar, tanto no aspecto formal quanto no material, os atos realizados pelos demais Poderes e, além disso, passam a exercer a tarefa de concretização das garantias fundamentais sempre que os poderes originariamente competentes não realizem essa função.

A tendência neoconstitucional chega ao Brasil somente com a Carta Magna de 1988, responsável por consagrar um vasto rol de direitos fundamentais e facilitar o acesso à jurisdição constitucional. A promulgação da Constituição Cidadã trouxe fortes reflexos na jurisdição constitucional brasileira, sobretudo pelo fato dela ter contribuído significativamente para o fenômeno da judicialização da política no país.

A judicialização da política no Brasil está intimamente ligada ao forte perfil dirigente e prospectivo do Texto de 1988, pois, devido à força normativa das constituições no neoconstitucionalismo, a sociedade passou a exigir do Poder Judiciário a concretização dos inúmeros direitos fundamentais consagrados na Lei Maior, ainda que tal tarefa seja originariamente de responsabilidade do Legislativo e Executivo.

Nesse cenário, ocorre o deslocamento de questões eminentemente políticas, que deveriam ser resolvidas por meio do processo político majoritário, marcado pela sua forte legitimidade democrática, para que sejam deliberadas em caráter final pelo Poder Judiciário, o qual sempre ostentará um déficit democrático quando comparado com os demais Poderes.

Conclui-se, portanto, que o neoconstitucionalismo introduzido no Brasil com a Constituição de 1988 afetou significativamente a jurisdição constitucional no país, visto que o excesso de positivação dos direitos fundamentais, aliado à baixa eficiência dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação das normas constitucionais prospectivas, resultou numa concentração de demandas de conteúdo predominantemente político no âmbito dos tribunais.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Aluno especial do programa de mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Advogado. E-mail: [andreodsalmeyda@gmail.com](mailto:andreodsalmeyda@gmail.com). Endereço Postal: Avenida Domingos de Almeida, 1807, Areal, Pelotas/RS, Brasil, CEP 96.085-470.

<sup>2</sup> O grande jurista contemporâneo, Santi Romano, concebe o direito como “realização de convivência ordenada”. In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

<sup>3</sup> Registre-se que, por uma questão didática, será empregada nesse trabalho a expressão neoconstitucionalismo, pois tem sido a mais divulgada pela doutrina brasileira, especialmente após a publicação da obra “Neoconstitucionalismo (s)” do autor mexicano Miguel Carbonell.

<sup>4</sup> Segundo Daniel Sarmento, dentre os autores que embasaram o neoconstitucionalismo (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino), há uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de Filosofia Política, encontrando-se autores positivistas e não positivistas, defensores do uso do método na aplicação do Direito e opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. In: SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

<sup>5</sup> Sobre a crítica ao rótulo “neoconstitucionalismo” ver: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

<sup>6</sup> CARBONELL, Miguel. *Et al.* **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta. 2009. p. 11.

<sup>7</sup> Na obra “Teoria Pura do Direito”, mais precisamente no capítulo VIII referente à interpretação, Hans Kelsen não encontra uma solução para o conflito de normas, sem que o intérprete realize uma decisão política: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. [...] Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas outras normas da lei ou da ordem jurídica.” In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247-248.

<sup>8</sup> POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Et al., op. cit.* p. 189.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014. p. 131.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 192-193.

<sup>11</sup> Registre-se que esse elenco de características do neoconstitucionalismo é de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. ver. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 73.

<sup>12</sup> O constitucionalismo contemporâneo, na lição de Lênio Streck, redefiniu a relação entre os poderes, deslocando a tensão dos processos políticos majoritários para os processos judiciais: “As políticas sociais decorrentes da ideia de Estado Social, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais, produzindo uma verdadeira institucionalização da moral no direito. [...] Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isso porque o *Welfare State* lhes facultou o acesso à administração do futuro, e o



Constitucionalismo Contemporâneo, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa – guardados os limites hermenêuticos – para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais. In: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 150-151.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010.

<sup>14</sup> Nesse modelo, marcado pela supremacia do Legislativo, a Constituição era compreendida como um documento político e suas normas não eram aplicáveis imediatamente, pois dependiam de regulamentação pelo legislador ou administrador.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244.

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade Média ao Século XXI. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.*...

<sup>18</sup> No voto proferido no julgamento da ADPF n.º 45, o Ministro Celso de Mello, demonstra a importância do Poder Judiciário intervir em matérias, a princípio, atinentes ao campo dos demais Poderes, sempre que o fundamento for a conservação da eficácia dos direitos fundamentais: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência dos indivíduos, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico-, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp)>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

<sup>19</sup> Na redação original da Constituição de 1988, o artigo 103 possuía a seguinte redação: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

<sup>20</sup> O artigo 114, inciso I, alínea I, da Constituição de 1967, assegurava apenas ao Procurador Geral da República a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

<sup>21</sup> BIENVINDO, Juliano Zaiden. **A “última palavra”, o poder e a história**: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, n. 201, jan./mar.. p. 71-95. 2014.

<sup>22</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988**: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 198: 1-17, out./dez. 1994. p. 16.

<sup>23</sup> STRECK, Lênio Luiz. *op cit.* p. 44

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: : **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a

construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014. p. 241.

<sup>25</sup> VIANNA, Luiz Werneck; Carvalho, Maria Alice R. de; Melo, Manuel P. Cunha; Burgus, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 41.

<sup>26</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.* p. 9.

<sup>27</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BURGUS, Marcelo Baumann. *Op. cit.* p. 42-43.

<sup>28</sup> HIRSHL, Ran. O novo constitucionalismo e judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**. V. 251. mai./jun./jul./ago.. p. 139-175. 2009.

<sup>29</sup> CITTADINO. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

<sup>30</sup> BADINTER, R.; BREYER, S. Judges in contemporary democracy *apud* NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados. 2016. p. 27.

<sup>31</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014.

BIENVINDO, Juliano Zaiden, A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, n. 201, jan./mar., p. 71-95, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em:

[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp). Acesso em 05 de outubro de 2018.

CARBONELL, Miguel. *Et al.* **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta. 2009.

CITTADINO. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade Média ao Século XXI. 2ªed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 198: 1-17, out./dez. 1994.

HIRSHL, Ran. O novo constitucionalismo e judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**. V. 251. mai./jun./jul./ago., p. 139-175, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

- 
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. ver. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados. 2016.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck; Carvalho, Maria Alice R. de; Melo, Manuel P. Cunha; Burgus, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.