

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

NATASHA DE CARVALHO LIMA

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA  
CONSEQUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Biblioteca UESPI PMS  
Registro Nº \_\_\_\_\_  
CDD \_\_\_\_\_  
CUTTER \_\_\_\_\_  
V \_\_\_\_\_ EX. \_\_\_\_\_  
Data \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_  
Visto \_\_\_\_\_

PARNAÍBA - PI

2014



NATASHA DE CARVALHO LIMA

✻

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA  
CONSEQUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Starley Jones Pinho Fernandes.

PARNAÍBA - PI

2014

L732I

Lima, Natasha de Carvalho

A legitimidade democrática do ativismo judicial como uma consequência do neoconstitucionalismo / Natasha de Carvalho Lima.- Parnaíba: UESPI, 2014.

46 f.

Orientador: Starley Jones Pinho Fernandes

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2014.

1. Neoconstitucionalismo 2. Ativismo judicial 3. Legitimidade democrática 4. Separação dos poderes I. Fernandes, Starley Jones Pinho II. Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 341.256

NATASHA DE CARVALHO LIMA

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA  
CONSEQUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Starley Jones Pinho Fernandes.

Aprovada em: 12 / 12 / 2014.

Banca Examinadora:



Starley Jones Pinho Fernandes



Antônio Edivar Rocha Silva Junior



Jacyra Pessoa da Silva

Dedico o esforço empregado neste trabalho, primeiramente, a Deus, que sempre ouviu meus pedidos e deu-me a força necessária para continuar.

Aos meus pais, Esteilda e Carlos, que sempre fizeram todo o possível para me ajudar a vencer os obstáculos e que são meus maiores torcedores. Todas as minhas conquistas são pra vocês.

A minha irmã, Natalya, que sempre demonstrou preocupação com a elaboração do presente trabalho e contribuiu significativamente.

A minha avó, Gilce, que sei que torce por mim mesmo de longe.

Ao Nicolás, pelos conselhos dados na elaboração desta monografia.

Hoje, termino o curso de Direito com orgulho e com a sensação de que cumpri todas as minhas metas.

Agradeço ao meu orientar, professor Starley Jones Pinho Femandes, pela paciência, compreensão e apoio na elaboração desta monografia. Agradeço também aos professores que aceitaram meu convite para integrar a banca examinadora.

## RESUMO

O presente trabalho, sob o título “A legitimidade democrática do ativismo judicial como uma consequência do neoconstitucionalismo”, teve como objetivo analisar os movimentos constitucionais e sua influência na postura adotada pelo Poder Judiciário nos dias de hoje. O tema foi escolhido devido à repercussão atual na sociedade, que é cada vez mais consciente dos valores e fins que lhe são assegurados pela Constituição. Para tanto, vasto material bibliográfico de autores relevantes no assunto e jurisprudência dos tribunais superiores foi utilizado. Em primeiro momento, foi abordada a história do constitucionalismo, desde a antiguidade até a fase contemporânea. O segundo capítulo abordou o desenvolvimento do constitucionalismo no Brasil e, posteriormente, foi dada ênfase às diversas concepções, aos marcos e às características do neoconstitucionalismo. Por fim, tratou-se especificamente do ativismo judicial, como uma consequência da expansão da jurisdição constitucional e do fortalecimento institucional do Poder Judiciário em face da crise representativa do Legislativo. Buscou-se demonstrar a legitimidade do ativismo judicial como uma forma de manutenção da democracia, concluindo-se que as omissões inconstitucionais causadas pelo legislador são mais prejudiciais ao povo que a possível violação do princípio da separação dos poderes. A postura pró-ativa do Judiciário torna possível a concretização dos valores e fins constitucionais, tendo como finalidade principal atender aos anseios da sociedade, principalmente no que se refere à garantia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Legitimidade democrática. Separação dos poderes.

## ABSTRACT

This study, entitled “The democratic legitimacy of the judicial activism as a modern constitutionalism result”, aimed to analyze the constitutional movements and its influence over the adopted behavior by Judiciary nowadays. The theme was chosen due to the current impact on society, which is increasingly aware of the values and purposes guaranteed by the Constitution. For this, vast relevant authors bibliography and jurisprudence of the higher courts was used. At first, the constitutionalism history was discussed, since the ancient to the contemporary period. The second chapter discussed the constitutionalism development in Brazil and then, modern constitutionalism different concepts, landmarks and features were emphasized. Finally, the judicial activism was specifically analyzed as a consequence for the increasing expansion of constitutional jurisdiction and for the Judiciary institutional fortification due to the Legislative representation crisis. It aimed to demonstrate the judicial activism legitimacy as a solution to conserve democracy, concluding that the legislative unconstitutional omissions are worst to people than the possible violation on the principle of separation of power. The judiciary pro-active attitude makes the realization of values and constitutional purposes possible, and its goal to answer society wishes, mainly the guarantee of fundamental rights.

Keywords: Modern Constitutionalism. Judicial activism. Democratic legitimacy. Separation of power.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I – O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>13</b>
1.1 Conceito de constitucionalismo .....	13
1.2 Constitucionalismo antigo.....	16
1.3. Constitucionalismo clássico ou liberal.....	17
1.4 Constitucionalismo moderno ou social .....	21
1.5 Constitucionalismo contemporâneo .....	22
<b>CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL .....</b>	<b>25</b>
2.1 Classificação do constitucionalismo no Brasil.....	25
<b>CAPÍTULO III – NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>27</b>
3.1 Sentidos de neoconstitucionalismo .....	27
3.2 Marcos do neoconstitucionalismo.....	28
3.3 Características do neoconstitucionalismo .....	31
3.4 Mudanças introduzidas pelo neoconstitucionalismo.....	32
<b>CAPÍTULO V – O ATIVISMO JUDICIAL E SUA LEGITIMIDADE NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO.....</b>	<b>35</b>
4.1 Princípio da separação dos poderes.....	35
4.2 Efetividade das normas constitucionais e omissões inconstitucionais.....	37
4.3 A manutenção da democracia pelo ativismo judicial.....	38
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

Ao analisar-se o desenvolvimento histórico do constitucionalismo, percebe-se que aos poucos houve uma expansão da jurisdição constitucional e uma ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo após o final da Segunda Guerra Mundial, o que propiciou a redemocratização em diversos países e o reconhecimento da força normativa da Constituição.

Lentamente, o Poder Judiciário fincou sua atuação dentro das esferas dos demais poderes republicanos, o que culminou com um fenômeno jurídico denominado ativismo judicial.

O presente trabalho monográfico procura estudar a legitimidade dessa postura pró-ativa do Judiciário, notadamente o brasileiro, frente aos demais poderes do Estado, como um dos frutos do neoconstitucionalismo.

O ativismo judicial tem gerado grande repercussão entre os seus estudiosos, tendo em vista a insegurança e a perplexidade que dele decorrem. A discussão sobre o tema é de vital importância, pois envolve um princípio inseparável da democracia, o da separação dos poderes, pensado inicialmente por Aristóteles e consagrado por Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”.

Note-se que o ativismo judicial não pode ser confundido com a “judicialização”. O termo significa a decisão pelo Judiciário de questões de repercussão política ou social, que tradicionalmente eram tratadas pelos Poderes Executivo ou Legislativo. É uma transferência de poder para juízes e tribunais, especialmente no que se refere às políticas públicas.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.”<sup>1</sup>

Por seu turno, o ativismo judicial é conceituado pelo professor Rafael Petracioli:

O ativismo judicial, em primeira perspectiva, é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa, optando ativamente pela interpretação dos preceitos constitucionais de maneira que lhes são emprestados máximas efetividade e concretização de direitos, notadamente de direitos fundamentais.<sup>2</sup>

A atuação da jurisdição constitucional brasileira é severamente criticada, ao argumento de que o Supremo Tribunal Federal exorbita de suas funções e rompe com o

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 383.

<sup>2</sup> PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>>. Acesso em 22 out. 2014.

ordenamento jurídico, ao criar normas e ignorar o texto constitucional, adentrando na disciplina do sistema político.

Amplos são os exemplos de posturas consideradas ativistas dos Ministros da Suprema Corte Brasileira, que se manifestam, principalmente, por meio da aplicação direta da Constituição a situações não previstas em seu texto, das ações do controle concentrado, dos mandados de injunção e de súmulas vinculantes.

Podem ser citados: a extensão da lei de greve do setor privado ao setor público, a Súmula Vinculantes 33 (aposentadoria especial do servidor público), a Súmula Vinculante 11 (restrições ao uso de algemas), a Súmula Vinculante 12 (vedação da cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas), a Súmula Vinculante 13 (vedação do nepotismo nas três esferas de poderes da República) e a distribuição de medicamentos por decisão judicial. Caso notável é a aplicação por analogia ou por extensão da norma constitucional sobre a união estável aos relacionamentos homoafetivos.

Importante frisar que a acolmatação das matérias é provisória e justificada pela inércia do legislador, a quem é atribuída a regulamentação da matéria.

Para defensores do modelo clássico de tripartição dos Poderes há uma interferência injustificada do Poder Judiciário, com usurpação de competências e julgamentos extra e ultra petita. O rompimento com a tradicional separação de poderes, princípio base dos Estados democráticos de direito contemporâneos, é o principal problema a ser enfrentado pelo ativismo judicial na defesa de sua legitimidade.

No entanto, tem-se no neoconstitucionalismo ou constitucionalismo moderno o fundamento de legitimidade do ativismo judicial. O neoconstitucionalismo busca trazer para o plano fático as conquistas efetivadas nas Constituições ao romper com o positivismo. O Judiciário, por sua vez, com a finalidade de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais, adota uma postura ativista e passa a criar o direito, baseado numa releitura do princípio da separação dos poderes, atualmente analisado a luz do sistema de freios e contrapesos.

Ademais, seria pernicioso à democracia se cada atividade fosse exercida exclusivamente por um único poder. No Brasil, é notória a inércia do Poder Legislativo no exercício de sua atividade típica e do Poder Executivo no exercício de seu poder regulamentar. Desta forma, a sociedade é a principal prejudicada, tendo em vista que as normas constitucionais de eficácia limitada, bem como diversas leis, permanecem sem uma efetiva aplicação.

Diante dessa crise representativa que vem ocorrendo nos sistemas políticos atuais, faz-se necessário, portanto, uma atuação mais concreta do Judiciário quando não houver decisão política, a fim de se dar máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos.

Conforme o Professor Barroso, o ativismo judicial “é uma judicialização da política, no exato momento em que as instâncias políticas já não respondem satisfatoriamente às aspirações sociais na concretização dos valores e das finalidades da Constituição, e este corpo social enxerga como única via transitável o da engrenagem judiciária.”<sup>3</sup>

Importante ressaltar que o princípio da separação dos poderes não é totalmente afastado, ao passo que ele representa a base de um Estado constitucional democrático. Assim, se houver decisão política, ela deverá ser respeitada. Há, na verdade, uma nova visão da tripartição dos poderes com o fim de garantir a manutenção e o aprimoramento da democracia.

Para realizar o presente trabalho, utilizou-se de um vasto material bibliográfico de autores renomados e estudiosos do assunto, de repertório jurisprudencial pertinente ao tema, bem como foi realizada uma pesquisa histórica e teórica do tema.

O trabalho se inicia com a pesquisa do desenvolvimento histórico do constitucionalismo, traçando as características e conquistas principais de cada fase (constitucionalismo antigo, clássico ou liberal, moderno ou social e contemporâneo). Serão apresentados os direitos fundamentais conquistados historicamente e seus meios de efetivação, assim como a busca pela limitação do poder e seu aperfeiçoamento até a fase do neoconstitucionalismo.

Em segundo momento, será analisada a história do Constitucionalismo no Brasil, dividida nas seguintes etapas: Constitucionalismo do Império, Constitucionalismo da República e Constitucionalismo do Estado Social.

O terceiro capítulo trata do neoconstitucionalismo, a fase atual do constitucionalismo. Serão analisadas suas diversas concepções, seus marcos e suas características principais. Entre as mudanças introduzidas pelo neoconstitucionalismo, poderá perceber-se o fortalecimento do Poder Judiciário, que será visível ao longo do trabalho.

Por fim, o último capítulo trata da legitimidade do ativismo judicial como uma forma de manutenção da democracia. Será demonstrado que a interferência do Judiciário

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out. 2014.

(como consequência do neoconstitucionalismo) na esfera de competência do Poder Legislativo não fere o princípio da separação dos poderes, desde que a finalidade de tal interferência seja a garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

A importância do presente trabalho é evidenciada pelo seu objetivo principal, que é a defesa da postura pró-ativa do Judiciário como forma de garantir os valores e fins consagrados na Constituição, em face das omissões inconstitucionais do Legislativo. O ativismo judicial é um tema recente e alvo de discussões e críticas, portanto, o estudo do tema nesse trabalho visa contribuir de forma significativa para o seu debate e posterior aperfeiçoamento.

## CAPÍTULO I

### DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO

#### 1.1 Conceito de constitucionalismo

Em sua obra “Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana”, o jurista e professor alemão de direito público, Klaus Stern<sup>4</sup>, qualifica o constitucionalismo como um termo muito recente, mas que se refere a uma ideia antiga. De acordo com Stern, mesmo os Estados Absolutistas possuíam um certo tipo de Constituição, tendo em vista que sempre havia um conjunto de normas básicas que, expressa ou tacitamente, atribuíam o poder ao soberano. Portanto, nessa época, Constituição era apenas um instituto, tendo em vista que a acepção atual surgiu somente com as Reformas Religiosas.

Luís Roberto Barroso<sup>5</sup> explica que, em essência, o constitucionalismo é a limitação do poder e a supremacia da lei (no Estado de direito). Em seguida, esclarece que embora o nome sugira explicitamente a existência de uma Constituição, há casos em que o constitucionalismo faz-se presente independentemente de Constituição escrita (exemplo notório é a Inglaterra) e outros em que há a vigência formal e solene de Cartas escritas sem, contudo, haver esse ideal de constitucionalismo (como nas ditaduras latino-americanas). Portanto, para Barroso, não basta a existência de uma Constituição e uma ordem jurídica qualquer, pois “é preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, adesão voluntária e espontânea de seus destinatários”<sup>6</sup>.

Para Nicola Matteucci<sup>7</sup>, cientista político italiano, considerado um dos principais teóricos do constitucionalismo liberal do século XX, o constitucionalismo costuma ser identificado com as versões criadas por Kant e Montesquieu do princípio da separação dos poderes. O constitucionalismo seria uma contraposição ao absolutismo, com o fim de impedir a concentração do exercício do poder e seu uso arbitrário. Também, pode-se denominar o constitucionalismo como uma técnica da liberdade, isto é, como a técnica jurídica por meio da qual os direitos fundamentais são garantidos em face do Estado.

Norberto Bobbio afirma, em seu “Dicionário de Política”:

---

<sup>4</sup> STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana. Madri, 1987. p. 191.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1.Ed. Saraiva, 2009, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo, p. 247-250.

Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas. Dentre estas podemos citar especialmente duas. Afirmou-se, por um lado, que o Constitucionalismo consiste na divisão do poder, de modo que se impeça todo o arbítrio; mas, se a aversão ao arbítrio constitui o fim último do Constitucionalismo, os modos de "divisão do poder" parecem, no entanto, não ser apenas historicamente diversos, como também seguir lógicas assaz distantes: temos a divisão do poder horizontal, a famosa separação dos poderes, e a divisão vertical, o Federalismo (v.). Por outro lado, afirmou-se também que o Constitucionalismo representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder; mas também aqui são diversas as soluções históricas de "limitação do poder".<sup>8</sup>

Para Karl Loewenstein<sup>9</sup>, a história do constitucionalismo “não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em vez da submissão cega à facilidade da autoridade existente”.

Como assinala Maurizio Fioravanti<sup>10</sup>, o constitucionalismo é um conjunto de doutrinas que se dedicaram, a partir da segunda metade do século XVII, a recuperar o aspecto de limite e de garantia na constituição.

O jurista português Canotilho<sup>11</sup> aponta vários “movimentos constitucionais” (como prefere denominar o constitucionalismo), como o inglês, o americano e o francês. Canotilho conceitua o constitucionalismo como uma

teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.<sup>12</sup>

Marcelo Novelino explica, em seu magistério, que o constitucionalismo surgiu como uma forma de superar o regime absolutista, dominante até o século XVIII, e para a ele se contrapor. Cita, ainda, a famosa frase atribuída ao Rei Luís XIV - o Rei-Sol -, “L’État c’est moi” (em português, “O Estado sou eu”), que sintetiza a ideia de absolutismo: o rei é o poder ilimitado, o Estado confunde-se com o monarca.

<sup>8</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Dicionário de Política. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 248.

<sup>9</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, p. 150.

<sup>10</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 150.

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. ed., 2009, p. 51.

<sup>12</sup> *Ibid.*

Kildare Gonçalves Carvalho<sup>13</sup> traz duas perspectivas para definir constitucionalismo: jurídica e sociológica. Juridicamente, é um sistema normativo reunido em uma Constituição, que está acima dos detentores do poder. Sob o aspecto sociológico, é um movimento social que sustenta a limitação do poder e inviabiliza a prevalência dos interesses e regras dos governantes.

Portanto, seja qual for a acepção adotada, percebe-se o constitucionalismo apoiar-se em três ideias básicas. Em primeiro lugar, tem-se o princípio do governo limitado, que é o meio pelo qual o constitucionalismo se manifesta. O segundo pilar do constitucionalismo é a sua finalidade e o objetivo da limitação do poder, que é a garantia de direitos. Por fim, tem-se um princípio assecuratório dessa limitação de poder, o princípio da separação dos poderes.

O professor Marcelo Novelino<sup>14</sup> expõe que, inicialmente, a divisão das funções do Estado foi pensada por Aristóteles, no texto “Política”, e que o primeiro autor a formular uma teoria de separação dos poderes foi John Locke. Por fim, baseado na ideia de que todo homem tende a abusar do poder que lhe é conferido e inspirado na obra de Locke, Montesquieu desenvolveu o modelo clássico de tripartição dos poderes, no seu tratado “*L’Esprit des lois*” (1748).

A finalidade da separação dos poderes é assegurar a limitação do poder, através da divisão de funções, observando-se sempre o “sistema de freios contrapesos”, que permite uma repartição equilibrada entre os órgãos e a contenção de um pelos demais.

De tal modo, verifica-se que o constitucionalismo e a separação dos poderes estão diretamente ligados. O constitucionalismo busca a limitação do poder, que é assegurada pelo princípio da separação dos poderes, com a finalidade de garantir direitos.

Portanto, a história do constitucionalismo é resumida como a busca do homem político pela limitação do poder do Estado para garantir os direitos dos indivíduos.

O professor Novelino divide o constitucionalismo em etapas (constitucionalismo antigo, constitucionalismo clássico ou liberal, constitucionalismo moderno ou social e constitucionalismo contemporâneo), nas quais pode ser observado com mais facilidade o surgimento, indissociável, dos diferentes modelos de Estado e a evolução dos direitos assegurados aos indivíduos.

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 15. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2009, p. 243.

<sup>14</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 372.

No entanto, a classificação de Novelino não é usual, ao passo que algumas fases são geralmente compreendidas em outras pela maioria doutrinária, como Paolo Comanducci<sup>15</sup> e José Joaquim Gomes Canotilho<sup>16</sup>.

## 1.2 Constitucionalismo antigo

No entendimento de Marcelo Novelino<sup>17</sup>, o período compreendido entre a Antiguidade e o final do século XVIII pode ser classificado como “constitucionalismo antigo”.

Nessa época, apesar de ainda não haver uma teoria constitucional, já existiam experiências de limitação do poder do Estado (monarca), como no Estado hebreu, na Grécia, em Roma e na Inglaterra.

De acordo com o professor Novelino<sup>18</sup>, a primeira experiência constitucional de limitação do poder ocorreu no antigo Estado hebreu. Por ter sido um Estado teocrático, o poder do monarca era limitado pelas leis divinas. Suas constituições eram baseadas nos costumes e os litígios eram julgados conforme os precedentes. Loewenstein<sup>19</sup> qualifica essa experiência como o nascimento do constitucionalismo.

Para Karl Loewenstein<sup>20</sup>, houve na Grécia um “Estado político plenamente constitucional”, no qual foi adotada a democracia constitucional como forma de governo, notadamente na Cidade-Estado de Atenas e sua “Constituição de Sólon”. Portanto, houve uma verdadeira experiência institucional e uma teoria constitucional.

Segundo Nelson Saldanha *apud* Novelino<sup>21</sup>, em Roma houve uma retrospectiva do ocorrido na Grécia, porém, os romanos forneceram vários modelos conceituais, como o “principado” e a “*res publica*”.

Na Inglaterra, de acordo com Novelino<sup>22</sup>, a experiência constitucional foi centralizada no princípio do *Rule of Law*, e foi na Idade Média, período no qual era prevalente o regime absolutista, que ressurgiram os movimentos constitucionais em busca de liberdade aos indivíduos. A Revolução Inglesa, ocorrida um século antes da sangrenta Revolução

---

<sup>15</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo : um analisis metateorico, p. 75

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. ed., 2009, p. 52.

<sup>17</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 19.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.20

<sup>19</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. p. 154.

<sup>20</sup> *Idem.* p. 155

<sup>21</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 20.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

Francesa, permitiu a limitação do poder na Inglaterra, com a subordinação do governo ao direito.

Os costumes constitucionais na Inglaterra tornaram possível essa subordinação, tendo em vista a independência do Judiciário e o sistema *common law*, que adota, além das normas elaboradas pelo legislativo, os precedentes judiciais.

Diversos documentos foram elaborados na Inglaterra reconhecendo as liberdades individuais em detrimento do abuso de poder, conforme explica o professor Novelino<sup>23</sup>, como a “Magna Carta (1215), a “*Petition of Rights*” (1628), o “*Habeas Corpus Act*” (1679), o “*Bill of Rights*” (1689) e o “*Act os Settlement*” (1701).

Nessa fase do constitucionalismo, suas principais características eram a supremacia do Parlamento, independência do Poder Judiciário e existência de constituições consuetudinárias ou costumeiras.

### 1.3 Constitucionalismo clássico ou liberal

Para a maioria dos doutrinadores, o constitucionalismo só surgiu nesta fase, que se inicia com as Revoluções Liberais do final do século XVIII e se prolonga até a Primeira Guerra Mundial, no início do século XX.

Luís Roberto Barroso explica:

O termo *constitucionalismo* é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica.<sup>24</sup>

Novelino<sup>25</sup> ensina que “o *constitucionalismo liberal* clássico foi influenciado por pensadores como Locke, Montesquieu, Rousseau, inspiradores das revoluções francesa e norte-americana, bem como por Thomas Jefferson e pelos federalistas”.

O marco fundamental dessa etapa é o surgimento das primeiras constituições escritas, conforme demonstra o professor:

<sup>23</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 22.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 4-5.

<sup>25</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 23.

O conceito de Constituição alcançou o atual estágio de formalização no fim do século XVIII, com o surgimento das primeiras constituições escritas, rígidas, dotadas de supremacia e orientadas por princípios decorrentes de conhecimentos teórico-científicos.<sup>26</sup>

Com o constitucionalismo clássico ou liberal, surge a primeira dimensão de direitos fundamentais, ligados ao valor de liberdade, consagrando os direitos civis e políticos.

O Estado de Direito ou Estado Liberal é o modelo de estado inerente a essa fase do constitucionalismo, no qual, segundo Barroso, “o povo torna-se, tardiamente, agente de própria história”.<sup>27</sup>

Nessa fase, há duas experiências constitucionais extremamente importantes, a norte-americana e a francesa, cujos principais aspectos serão reunidos e formarão a base do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo.

O constitucionalismo norte-americano teve como base as concepções de “individualismo” e “liberalismo”, do filósofo inglês John Locke, e de “limitação do poder”, do pensador político francês Montesquieu, conforme ensina Novelino<sup>28</sup>.

É atribuída ao constitucionalismo norte-americano a elaboração da primeira constituição escrita e dotada de rigidez e supremacia. Como explica Novelino<sup>29</sup>, o rompimento das Treze Colônias com a Inglaterra foi formalizado, em 1776, por meio da “*Virginia Bill of Rights*” e da “*Constitution of Virginia*” e após a independência, foi ratificado, em 1777, o “*Articles of Confederation*”, substituído posteriormente pela atual Constituição norte-americana, aprovada em 17 de setembro de 1787.

As principais contribuições da experiência constitucional americana são a ideia de supremacia da Constituição e a sua garantia jurisdicional. No constitucionalismo inglês, a supremacia era do Parlamento, a quem eram atribuídas as maiores violações aos direitos humanos nas Colônias, motivo pelo qual a revolução americana buscou a limitação desse poder. Desse modo, a Constituição passou a estabelecer os papéis políticos de cada poder, encontrando-se em um plano juridicamente superior. Ao Poder Judiciário, foi atribuída a garantia da supremacia e o controle da Constituição.

Tendo em vista a ascensão do Poder Judiciário, surgiu o controle difuso de constitucionalidade, tendo como parâmetro uma constituição escrita. Segundo a professora Nathália Masson:

---

<sup>26</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 23.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 4-5.

<sup>28</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 23.

<sup>29</sup> *Ibid.*

O controle difuso de constitucionalidade, igualmente intitulado “modelo estadunidense de justiça constitucional”, historicamente se origina no *leading case* julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1803, *Marbury v. Madison*. Na ocasião, o relator, Juiz John Marshall, afirmou a prevalência da Constituição enquanto norma fundamental do país e, por consequência, a obrigatoriedade para todos os órgãos judiciários americanos de decidirem em harmonia com ela.<sup>30</sup>

Outras características e contribuições inovadoras do constitucionalismo norte-americano são a forma federativa de Estado, o sistema presidencialista e a forma republicana de governo. A declaração de direitos da pessoa humana também é um legado do constitucionalismo americano, formalizado pela “Declaração de Direitos da Virgínia”.

Nos Estados Unidos, o princípio da separação dos poderes foi pela primeira vez consagrado. De acordo com Barroso, na Constituição americana “institucionalizou-se, de forma pioneira e duradoura, um modelo de separação nítida entre Executivo, Legislativo e Judiciário”.<sup>31</sup>

O professor André Ramos Tavares<sup>32</sup> enfatiza que houve uma peculiar influência recíproca entre os constitucionalismos norte-americano e francês. O constitucionalismo inglês serviu de inspiração direta para o constitucionalismo norte-americano. O sistema francês inspirou-se diretamente no sistema norte-americano, tendo em vista a dificuldade de assimilação da lógica do sistema constitucional inglês pelos franceses. Outrossim, a doutrina francesa, especialmente de Montesquieu, que difundia os ideais da revolução, influenciou os norte-americanos na sua elaboração constitucional.

Tendo em vista que, na França, o movimento constitucionalista teve por objetivo romper com o “*ancient régime*” (o Estado Monárquico Absolutista, que concentrava o poder legiferante, a execução da lei e a jurisdição em um único órgão), Marcelo Novelino ensina que tal constitucionalismo é baseado nas ideias de garantia dos direitos e de separação dos poderes:

---

<sup>30</sup> MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.993.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 18.

<sup>32</sup> TAVARES, André Ramos. Curso da direito constitucional. 10. Ed. Saraiva, 2012, p. 11-12.

O constitucionalismo francês é permeado por duas ideias básicas: a *garantia dos direitos* e a *separação dos poderes*. O principal precedente desta concepção, o celebre artigo 16 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), estabelece: “toda sociedade na qual não e assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não possui Constituição” (“*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”).<sup>33</sup>

Seguindo a evolução histórica do constitucionalismo, a instituição do Estado Liberal, conquistado com a sangrenta Revolução Francesa, foi principal contribuição desse movimento constitucional. Nesse sentido, Barroso afirma que “foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa”.<sup>34</sup>

A separação dos poderes e a limitação do estado pelo Direito são aspectos essenciais ao constitucionalismo e ao Estado Liberal, uma vez que permitiu o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, o objetivo final dos revolucionários.

Cumprе salientar que tais direitos, correspondentes aos valores de liberdade e propriedade, eram essencialmente destinados à burguesia e consagrados apenas formalmente para as classes inferiores.

Nathália Masson afirma que “os direitos de primeira geração são aqueles que consagram meios de defesa da liberdade do indivíduo, a partir da exigência de que não haja ingerência abusiva dos Poderes públicos em sua esfera privada”.<sup>35</sup>

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.<sup>36</sup>

No constitucionalismo fruto da Revolução Francesa, a Constituição não se destina somente a determinar as competências de cada poder, mas visa promover uma transformação política e social, estabelecendo diversas ações do Estado e o modelo econômico, segundo Novelino.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 24-25.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 25.

<sup>35</sup> MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.194.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.205.

<sup>37</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 25.

#### 1.4 Constitucionalismo moderno ou social

O constitucionalismo moderno surge pouco antes do fim da Primeira Guerra Mundial, como uma forma de reduzir as desigualdades sociais, fruto da mera igualdade formal conquistada com o modelo anterior.

A não intervenção estatal ocasionou o empobrecimento brutal da classe operária, que passou a exigir, ao lado das liberdades individuais, a garantia de direitos relacionados ao trabalho, à educação e à previdência e de assistência aos hipossuficientes.

Portanto, é nessa fase do constitucionalismo que se consagra a segunda dimensão de direitos fundamentais, referentes ao valor de igualdade material.

De acordo com Norberto Bobbio, assim como todos os demais direitos, os direitos sociais são históricos, ou seja, conquistados por meio de lutas em certas circunstâncias:

a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.<sup>38</sup>

Gilmar Mendes conceitua os direitos sociais:

São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve.<sup>39</sup>

As constituições paradigmas dessa fase do constitucionalismo (primeiras a consagrar de forma sistemática tais direitos) são a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, instituidora da Primeira República Alemã.

A partir de então, os documentos constitucionais não se limitavam à organização dos poderes e à mera garantia de direitos pela lei, mas pretendiam realizar os princípios

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. p.5.

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.206.

fundamentais, buscando instrumentos que o colocassem no convívio civil, conforme enfatiza Maurizio Fioravanti.<sup>40</sup>

A desigualdade social da época resultou em uma crise econômica, que, por sua vez, colocou em cheque o regime liberal, “uma vez que este pressupõe, para uma competição justa e equilibrada, certa igualdade social entre os indivíduos no que se refere ao acesso a necessidades e bens essenciais”<sup>41</sup>, conforme assinala Novelino.

Desse modo, o professor Novelino afirma que “a busca da superação do antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social faz surgir a noção de *Estado social*”.<sup>42</sup>

O Estado liberal abandona sua postura abstencionista e abre espaço para o novo modelo, o Estado Social, que passa a intervir diretamente nas relações econômicas, sociais e laborais. O Estado transforma-se em um prestador de serviços e participa ativamente na produção e distribuição de serviços, garantindo o mínimo de bem estar social.

Nessa fase, surge na Europa o controle concentrado de constitucionalidade, concebido por Hans Kelsen, o que torna possível pela primeira vez a compreensão da constituição como norma no continente europeu.

## 1.5 Constitucionalismo contemporâneo

O constitucionalismo contemporâneo inicia-se a partir do final da Segunda Guerra Mundial, sendo uma amalgama das experiências norte-americana, que trouxe a garantia jurisdicional da constituição, e francesa, com a rematerialização da constituição.

As barbáries do nazismo e da guerra despertaram a necessidade de afastar a ideia de hierarquia entre os seres humanos e propiciou o surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser o valor central das constituições do pós-guerra, de acordo com Novelino.<sup>43</sup>

Após a Segunda Guerra, os diversos textos constitucionais passam a consagrar novos direitos fundamentais, “com a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa

---

<sup>40</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2001, p. 150.

<sup>41</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 28.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 32.

humana e erigir a sociedade a patamares mais elevados de civilidade e respeito recíproco”<sup>44</sup>, conforme explica o professor.

São as novas dimensões de direitos, ligados à fraternidade (terceira dimensão) e à democracia, à informação e ao pluralismo (quarta dimensão), de acordo com Paulo Bonavides.<sup>45</sup>

Como características importantes dessa fase temos, segundo Novellino, “um transbordamento da Constituição dentro do ordenamento jurídico”<sup>46</sup> e a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais:

Os direitos e garantias fundamentais, inicialmente voltados apenas para as relações entre o Estado e os particulares (eficácia vertical), passam a ser admitidos como critérios de solução aplicáveis também às relações entre particulares, independentemente de intermediação legislativa (eficácia horizontal).<sup>47</sup>

Como forma de efetivar os direitos e garantias fundamentais, o Estado adota uma atuação positiva, extensível inclusive ao Poder Legislativo, com a imposição do dever de legislar. Novellino explica:

Ao lado do dever de abstenção imposto aos poderes públicos pelos tradicionais direitos de defesa, no decorrer do último quarto do século XX passou a ser admitida a imposição de atuações positivas, inclusive ao Legislador, com vistas, a realização dos direitos prestacionais, cuja implementação exige políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna. Nesse sentido, a submissão do legislador à Constituição, além da mencionada dimensão negativa imposta pelos limites formais e materiais, passa a ter uma dimensão positiva decorrente da imposição do dever de legislar com vistas a conferir plena efetividade a determinados comandos constitucionais.<sup>48</sup>

Como Jorge Miranda<sup>49</sup> afirma, nessa época surgem os primeiros instrumentos de fiscalização de omissões inconstitucionais.

Há nessa fase, o reconhecimento da força normativa da Constituição, com a superação do modelo constitucional europeu, que concedia supremacia apenas formal à Constituição.

<sup>44</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 33.

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569-571.

<sup>46</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 34.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 9. Ed. Coimbra, 2012, p. 281

Para superar as deficiências do Estado liberal e do Estado social, o Estado democrático de direito é implantado, conforme explica Marcelo Novelino:

na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo Estado que tem como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular, a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 44.

## CAPÍTULO II

### CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

#### 2.1 Classificação do constitucionalismo no Brasil

Paulo Bonavides<sup>51</sup> divide o constitucionalismo brasileiro em três épocas constitucionais, que são compostas por diferentes valores políticos, jurídicos e ideológicos.

O primeiro período da história constitucional do Brasil é o constitucionalismo do império, de inspiração francesa e inglesa.

A Constituição do Império, do ponto de vista teórico, foi influenciada pelo sistema francês e, sob sua inspiração, garantia direitos individuais e políticos. Na sua aplicação doutrinária e fática assemelha-se ao modelo inglês.

Bonavides explica que a Constituição do Império trocou o modelo de tripartição de Montesquieu pelo modelo de quatro poderes de Benjamin Constant:

Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial suficiente e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo<sup>52</sup>

A monarquia, portanto, foi um longo passo para o estabelecimento formal e definitivo do Estado Liberal. Todavia, a sociedade escravocrata permaneceu vinculada a este Estado.

O constitucionalismo da Primeira República adota o modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo.

A instituição da República possibilitou uma mudança nos valores e princípios de organização formal do poder. Com a vigência da Constituição de 1891, a o Estado passou a possuir a plenitude formal das instituições liberais, sob influência de Rui Barbosa, um jurista admirador da organização política dos Estados Unidos da América.

---

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 361-370.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 364.

Os novos princípios estruturantes do Estado foram o sistema republicano, a forma presidencialista de governo e a forma federativa de Estado. Outrossim, estabeleceu-se uma suprema corte apta a decretar a inconstitucionalidade de atos normativos.

A última etapa do constitucionalismo brasileiro foi influenciada pelas Constituições de Weimar e Bonn, o constitucionalismo do Estado social.

Sob uma tempestade uma época de golpes de Estado, crises e agitação política, ideológica e social, foi outorgada a Constituição de 1934, extremamente autoritária.

Durante a ditadura militar no Brasil, houve atuação paralela de dois poderes constituintes: um tutelado, que elaborou a Carta de 1967 sem grande legitimidade, e o outro, derivado do poder autoritário e revolucionário (como se auto-intitulava), que expediu os atos institucionais e a emenda nº 1 à Constituição de 1967

As constituições de 1934, 1946 e 1988, que contaram com alguma legitimidade na sua expedição, mantiveram durante certo tempo as aparências de um regime normal de governo, baseado no liberalismo.

Bonavides<sup>53</sup> explica que tais constituições ressaltavam o aspecto social e consagravam os direitos fundamentais da pessoa humana, devido a influencia da Constituição de Weimar, que foi decisiva para a formulação precoce do Novo Estado Constitucional Brasileiro, o Estado Social.

O Estado social ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais.

Tendo em vista os abalos ideológicos e pressões de interesses contraditórios, que enfraquecem a eficácia dos direitos sociais na esfera objetiva da concretização, esse Estado permanece na utopia.

Para garantir a eficácia constitucional e evitar que os direitos sociais transformassem-se em meros preceitos programáticos pela inaplicabilidade ou decurso do tempo, foi instituído na Constituição de 1988 o mandando de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Desse modo, o Estado social brasileiro visa o aperfeiçoamento do modelo, não apenas concedendo direitos sociais básicos, mas garantindo-os, apesar da limitação de condições materiais.

---

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 368.

## CAPÍTULO III

### NEOCONSTITUCIONALISMO

#### 3.1 Sentidos do neoconstitucionalismo

O termo neoconstitucionalismo foi inicialmente utilizado por Susanna Pazzolo<sup>54</sup> no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na Argentina, e ganhou destaque na Europa com as coletâneas organizadas por Miguel Carbonell, que reuniam artigos os quais analisavam as transformações ocorridas no segundo pós-guerra e as acepções do neoconstitucionalismo.

Susanna Pazzolo, em seu artigo “Um constitucionalismo ambíguo”, reúne os três sentidos de neoconstitucionalismo, elaborados por T. Mazzarese:

Na sua vertente metodológica, neoconstitucionalismo “indicaria um traço caracterizador de alguns ordenamentos jurídicos: em particular, o dado positivo pelo qual o ordenamento apresenta uma Constituição que, além de conter as regras de individualização e ação dos órgãos principais do Estado, apresenta um mais ou menos amplo elenco de direitos fundamentais”<sup>55</sup>. Assim, neoconstitucionalismo seria um tipo de Estado de Direito que caracteriza uma determinada forma de organização política.

A segunda acepção é o neoconstitucionalismo teórico, que “indica um certo modelo explicativo de conteúdo de determinados ordenamentos jurídicos (os indicados no ponto precedente), ou seja, o termo indicaria um certo paradigma do Direito, de sua forma de aplicação e de conhecimento”<sup>56</sup>. Dessa forma, de acordo com essa acepção, neoconstitucionalismo é apenas uma teoria que descreve o modelo de Estado de Direito.

No terceiro sentido, o ideológico, neoconstitucionalismo seria uma filosofia política ou ideológica que justifica o modelo de Estado de Direito. “O termo neoconstitucionalismo indicaria um modelo axiológico-normativo do direito, um modelo ideal ao qual o Direito positivo deveria tender; esse ideal, sem embargo, não seria um ‘objeto’ externo e separado do Direito concreto, senão pelo contrário seria um mero desenvolvimento

<sup>54</sup> POZZOLO, Susanna. “Metacritica del neoconstitucionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neoconstituzionalismo e positivismo giurídico’”, p.51

<sup>55</sup> MAZZARESE, T., Appunti del corso di filosofia del diritto, anos 2000/2001, proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, inédito, apud POZZOLO, Susana. “Um constitucionalismo ambíguo”. In. Neoconstitucionalismo(s),opus cit. p.178 e 179.

<sup>56</sup> *Ibid.*

e a mera concretização do direito real, sobre a base dos princípios e dos valores que neste último estão expressamente enunciados”.<sup>57</sup>

Paolo Comanducci, inspirado em Norberto Bobbio, também classifica o neoconstitucionalismo como metodológico, teórico e ideológico. Conforme o jurista italiano, a acepção metodológica de neoconstitucionalismo, como modelo constitucional, estabelece “alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo (neo) constitucionalismo como teoria, ou que satisfazem os requisitos do (neo) constitucionalismo como ideologia”.<sup>58</sup>

Para Marcelo Novelino<sup>59</sup>, o termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado para designar o estágio atual do constitucionalismo (constitucionalismo contemporâneo) e o do modelo de Estado (Estado constitucional democrático). Sustenta que as características de um novo modelo de Constituição e de Estado exigem uma nova teoria do direito, apta a dar conta de suas peculiaridades.

O neoconstitucionalismo caracteriza-se pela nova função da Constituição nas estruturas jurídicas contemporâneas, partindo do pressuposto de sua supremacia em relação à legislação ordinária. Ademais, essa supremacia não se restringe ao controle de constitucionalidade e à tutela da esfera individual de liberdade. A Constituição é norma diretiva fundamental, destinada aos poderes públicos e aos particulares, a fim de assegurar a efetivação dos diversos valores constitucionais.

### 3.2 Marcos do neoconstitucionalismo

O professor Luis Roberto Barroso conceitua neoconstitucionalismo como “um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”<sup>60</sup> e esclarece ainda que podem ser assinalados “três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico”.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> MAZZARESE, T., Appunti del corso di filosofia del diritto, anos 2000/2001, proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, inédito, apud POZZOLO, Susana. “Um constitucionalismo ambíguo”. In. Neoconstitucionalismo(s), opus cit. p.178 e 179.

<sup>58</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo : um analisis metateorico, p. 75-98.

<sup>59</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 204.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> > Acesso em 04 set. 2014.

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 245.

Como marco histórico tem-se a formação do Estado constitucional de direito, consolidado nas décadas finais do século XX.

O novo direito constitucional na Europa, com maior expressão na Alemanha e na Itália, tem como marco o constitucionalismo do pós-guerra, com a aproximação do constitucionalismo e da democracia. Os países europeus passaram por um processo de redemocratização e reconstitucionalização, com uma ascensão científica do direito constitucional.

O renomado autor complementa:

esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinando às circunstâncias do Parlamento e da Administração.<sup>62</sup>

Com essa transformação no direito, surge uma nova forma de organização política: o Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático ou, ainda, Estado democrático de direito.

No Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização por ela realizado foram o marco histórico do neoconstitucionalismo. A Constituição Federal de 1988, apesar de todos os processos de emenda que sofreu, foi bem sucedida na transição de um regime autoritário para o Estado democrático de direito, e tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da implantação da república no país.

O marco filosófico do neoconstitucionalismo se deu com a construção do pós-positivismo, tendo como características a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do Direito e da ética.

O pós-positivismo é caracterizado pela confluência de duas correntes de pensamentos opostas para o direito, porém, singularmente complementares: o jusnaturalismo e o positivismo.

O jusnaturalismo moderno, elaborado a partir do século XVI, aproxima a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do direito. Parte do pressuposto da existência de princípios de justiça universalmente válidos. Serviu de inspiração para as revoluções liberais e teve seu ponto máximo com o surgimento das Constituições escritas e dos códigos. Com a ascensão do positivismo, o direito natural ficou à margem do direito. A busca pela

---

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 246.

objetividade científica do positivismo equiparou o direito à lei, afastando-a da filosofia, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

Com o fim do nazismo e do fascismo, regimes que argumentavam a legalidade de suas barbáries, os valores éticos foram reaproximando-se do direito e aos poucos surgiu o pós-positivismo.

Luis Roberto Barroso esclarece sobre o tema:

Como já assinalado, sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.<sup>63</sup>

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito natural, estabelecendo uma leitura moral da Constituição e das leis, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras, o retorno da razão prática, a formação de uma nova hermenêutica jurídica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais baseada no princípio da dignidade humana.

Desse modo, o pós-positivismo é um conjunto difuso e abrangente de ideias, que a ciência jurídica e a filosofia do direito, podendo ser apresentado, conforme Barroso, como:

Uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.<sup>64</sup>

Pode-se dizer que o novo direito constitucional é fruto da reaproximação da ciência jurídica e da filosofia do direito. Os valores morais compartilhados pelas comunidades materializam-se em princípios, que explícita ou implicitamente estarão alocados na Constituição.

Enquanto há uma evolução no significado de princípios clássicos, como liberdade e igualdade, outros sofrem releituras, como a democracia, a República e a separação dos poderes. Outros princípios só são desenvolvidos recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 248.

<sup>64</sup> *Ibid.*

Após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da dignidade humana passou a ser previsto em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, e em Constituições, como a italiana de 1974, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse princípio vem previsto como um dos fundamentos da República, em seu artigo 1º, inciso III.

A dignidade da pessoa humana é a origem e o princípio central de cada um dos direitos materialmente fundamentais. O desrespeito a esse princípio nas guerras é uma mancha na história da humanidade, portanto, o século se encerrou com a luta pela sua afirmação e a busca por um novo tempo. O princípio da dignidade da pessoa humana representa a superação da intolerância, da discriminação e da exclusão social, bem como da violência, e a necessidade de aceitação do outro com suas liberdades.

Conforme Barroso<sup>65</sup>, o marco teórico do neoconstitucionalismo refere-se ao conjunto de mudanças na aplicação do direito constitucional: reconhecimento de força normativa à Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Sobre a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, o jurista explica:

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram um grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional.<sup>66</sup>

A complexidade da vida contemporânea com demandas por justiça e preservação dos direitos fundamentais e a insuficiência do processo político influenciaram a nova prática do direito constitucional, que envolve, segundo Barroso:

Os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais.<sup>67</sup>

### 3.3 Características do neoconstitucionalismo

Além da normatividade e supremacia da Constituição – com a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais – e sua rematerização – que consagrou um

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 262.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 266.

extenso rol de direitos fundamentais, diretrizes e opções políticas –, a constitucionalização do direito e o fortalecimento do Poder Judiciário são aspectos do neoconstitucionalismo.

A constitucionalização do direito caracteriza-se pela centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais. Há a consagração de um extenso rol de princípios e regras próprios de outros ramos do direito na Constituição e adota-se a regra hermenêutica de interpretação conforme a constituição.

Conforme Barroso<sup>68</sup>, sempre há uma filtragem constitucional, tendo em vista que não há como interpretar uma lei sem antes verificar a compatibilidade com o texto constitucional.

A evolução do Poder Judiciário pode ser notada ao longo da história do constitucionalismo. Segundo Novelino<sup>69</sup>, o poder que não passava de “mera boca da lei”, foi ganhando destaque até que o neoconstitucionalismo culminou com seu fortalecimento, tendo em vista que o Judiciário é atualmente o responsável por assegurar os direitos conquistados.

A principal crítica ao neoconstitucionalismo é justamente o excessivo fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento do Legislativo, o que seria antidemocrático.

Humberto Ávila critica o protagonismo do judiciário, visto que, para ele, não se adapta à realidade brasileira:

Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se passou do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de um para outro.<sup>70</sup>

### 3.4 Mudanças introduzidas pelo neoconstitucionalismo

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009.

<sup>69</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 154.

<sup>70</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 06 de out de 2014.

O neoconstitucionalismo operou revisões e mudanças em três teorias juspositivistas: teoria das normas, teoria da interpretação e teoria das fontes.

Com o neoconstitucionalismo, os princípios revestem-se de um caráter cogente e passam a ser vistos como normas, ao lado das regras. Essa mudança na teoria das normas introduz a ideia de Robert Alexy<sup>71</sup>, na qual a norma é considerada um gênero, do qual princípios e regras são espécies.

Assim, os princípios gerais do direito são elevados ao *status* de princípios fundamentais, sejam expressos ou implícitos, alcançando o grau de normatividade constitucional.

Tendo em vista que os princípios possuem uma área muito extensa de aplicação, o método utilizado é o da ponderação de interesses (e não o da subsunção, que é utilizado na aplicação das regras).

No entanto, essa mudança trazida pelo neoconstitucionalismo também é alvo de críticas, tendo em vista que tal método permite uma atuação discricionária do Poder Judiciário, que acaba gerando certa insegurança jurídica.

A teoria da interpretação também sofreu revisão com o novo constitucionalismo. O formalismo jurídico interpretativo, inerente ao positivismo, é substituído por uma interpretação norteada pela moral argumentativa e pela ponderação.

A Constituição passa a ter seus próprios métodos interpretativos, diferenciados dos métodos utilizados para a interpretação infraconstitucional, que não eram suficientes para resolver os problemas constitucionais. Dessa forma, surgem os postulados interpretativos, criados pela doutrina e pela jurisprudência, como os princípios da força normativa da constituição, da unidade da constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos e da interpretação conforme, segundo Barroso<sup>72</sup>.

Como é visível, no decorrer da evolução constitucional, o Judiciário teve sua atuação ampliada. No neoconstitucionalismo, como uma de suas principais características e críticas, o Poder Judiciário, produtor de normas jurídicas, ganha o papel de protagonista, sobretudo pela mudança na teoria das fontes, que substituiu a centralidade das leis pela centralidade da Constituição.

A centralidade da Constituição trouxe a denominada “judicialização das relações políticas e sociais”, que vem reforçar o fortalecimento do Poder Judiciário. Questões

---

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009. p. 298.

anteriormente referentes somente aos particulares, agora passam pelo crivo judicial, a exemplo, as pesquisas com células-troncos, aborto de feto anencéfalo, ações afirmativas e relacionamentos homoafetivos.

A principal manifestação atual da ascensão do Judiciário é chamada de “ativismo judicial”, que se trata da adoção de uma postura mais ativa do Judiciário (reconhecida pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal), como forma de solucionar temporariamente as ausências legislativas.

Luís Roberto Barroso traça as diferenças entre judicialização e ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

## CAPÍTULO IV

### ATIVISMO JUDICIAL E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

#### 4.1 Princípio da separação dos poderes

De acordo com a lição de José Afonso da Silva<sup>74</sup>, Aristóteles, John Locke e Rousseau já sugeriram a doutrina da separação dos poderes, que foi divulgada por Montesquieu. O princípio foi positivado nas Constituições das ex-colônias inglesas da América e tomou-se um dogma constitucional com a Revolução Francesa.

Segundo Marcelo Novelino<sup>75</sup>, no início do século XIX, a doutrina liberal preconizava uma rigorosa separação das funções do estado, atribuindo cada atividade de forma exclusiva a determinado órgão. Porém, esse modelo teórico atribuído a Montesquieu tornou-se inadequada.

No entanto, o Ministro Eros Grau observa que essa rígida separação dos poderes constitui-se em um mito:

A separação dos poderes, como observei em texto de doutrina, constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal, coroado na afirmação, inscrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelece a separação dos poderes, não tem Constituição”. Trata-se de uma ideia dominante; ainda hoje a doutrina da separação dos poderes mostra-se como uma ideia dominante, enunciada como “lei eterna”.<sup>76</sup>

No mesmo sentido, o Ministro esclarece que Montesquieu não postulava por essa separação, mas sim por uma distinção entre os poderes, de modo que houvesse recíproca limitação entre eles:

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109

<sup>75</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 373.

<sup>76</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 3.367/DF, Relator: Min. Cezar Peluso, publicado no DJU em 25 abr. 2005.

Montesquieu jamais propôs a separação dos poderes. Sua exposição encontra-se no capítulo VI do Livro de O espírito das leis. As ideias que coloca inicialmente, neste capítulo, a resumiriam: “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião de que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.”<sup>77</sup>

Atualmente, o princípio da separação dos poderes pode ser descrito como a divisão das funções estatais e sua atribuição a órgãos distintos, com existência de controle recíproco entre eles, evitando que qualquer um ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição, para a garantia dos direitos dos indivíduos contra o abuso de poder.

No Brasil, a separação dos poderes é um princípio geral do Direito Constitucional, inscrito como um dos princípios fundamentais. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º estabelece que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário”.<sup>78</sup>

Sobre a harmonia entre os poderes, José Afonso da Silva dispõe que

verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>79</sup>

O ativismo judicial, fruto do neoconstitucionalismo, tem como obstáculo a harmonia dos poderes do Estado. Por outro lado, a interferência necessária para o estabelecimento do sistema de freios e contrapesos é um forte aliado dos defensores da postura pró-ativa do Judiciário, que a veem como uma opção para efetivar o bem da coletividade.

<sup>77</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 3.367/DF, Relator: Min. Cezar Peluso, publicado no DJU em 25 abr. 2005.

<sup>78</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988.

<sup>79</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110

## 4.2 Efetividade das normas constitucionais e omissões inconstitucionais

Novelino assevera que “eficácia (eficácia jurídica) é a aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios”.<sup>80</sup>

O professor<sup>81</sup> dispõe que, em 1967, José Afonso da Silva foi o primeiro a tratar, no Brasil, de forma sistematizada sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, distinguindo-as de acordo com o grau de sua eficácia.

Nathália Masson ensina que José Afonso da Silva “inovou as discussões doutrinárias ao partir da premissa de que não há norma constitucional destituída de eficácia.”<sup>82</sup>

A classificação de José Afonso da Silva<sup>83</sup> é a mais adotada até hoje e divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são dotadas de aplicabilidade imediata (capazes de produzir todos os seus efeitos essenciais com a entrada em vigor da Constituição), direta (independem de qualquer regulamentação por lei) e integral (produzem seus efeitos integrais).

As normas de eficácia contida também possuem aplicabilidade imediata e direta, no entanto, podem vir a ser restringidas, sendo possivelmente dotadas de aplicabilidade não-integral.

Já as normas de eficácia limitada somente produzem efeitos essenciais ulteriores, após regulamentação por lei, possuindo aplicabilidade mediata e indireta (são dependentes de norma regulamentadora). É dotada de aplicabilidade reduzida, tendo em vista que sua eficácia é meramente negativa com a entrada em vigor da Constituição.

As normas de eficácia limitada foram ainda divididas pelo professor em: definidoras de princípios institutivos e definidoras de princípios programáticos.

As normas de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos são aquelas em que o legislador constituinte estabelece as linhas gerais de estruturação e atribuições dos órgãos, devendo ser posteriormente estruturados pelo legislador ordinário.

---

<sup>80</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 106.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>82</sup> MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.53.

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.88-102

Por seu turno, as normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos ou, simplesmente, “normas programáticas” são aquelas em que o legislador constituinte limitou-se a estabelecer princípios a serem cumpridos pelos órgãos como um programa de suas respectivas atividades.

Maria Helena Diniz<sup>84</sup> classifica as normas constitucionais em: normas com eficácia absoluta ou supereficazes (são os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas), normas com eficácia plena (correspondentes às normas de eficácia plena de José Afonso), normas com eficácia relativa restringível (que equivalem às normas de eficácia contida na classificação anterior) e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (são as normas de eficácia limitada do professor José Afonso).

Note-se que as normas de eficácia limitada, especialmente as normas programáticas, são dependentes da vontade legislativa. Os princípios nelas consagrados garantem direitos aos indivíduos que, pela intenção do legislador constituinte, devem ser efetivados.

No Brasil, como instrumentos de fiscalização das normas pendentes de regulamentação tem-se o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Recentemente, após um trajeto histórico, o fortalecimento do Poder Judiciário permite um novo instrumento, o ativismo judicial.

### **4.3 A manutenção da democracia pelo ativismo judicial**

A morosidade da atividade legislativa brasileira, posto que, após 26 anos de vigência da Constituição Federal, diversos dispositivos ainda encontram-se pendentes de regulamentação, resulta em verdadeiras omissões inconstitucionais, especialmente no que se refere às normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento que

O caráter programático da regra (...) não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 101-115.

<sup>85</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 393175/RS, Relator: Min. Celso de Mello, publicado no DJU em 16 fev. 2006.

Luís Roberto Barroso, sobre a nova postura adotada pelo Poder Judiciário esclarece:

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. (...) A centralidade da corte — e, de certa forma, do Judiciário como um todo — na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.<sup>86</sup>

O professor explica que a ideia de ativismo “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>87</sup>

Como condutas ativistas, pode-se citar a aplicação direta, independente de manifestação do legislador, da Constituição a situações não expressamente previstas, bem como a imposição de ações ou abstenções ao poder público, especialmente no que se refere às normas programáticas e matéria de políticas públicas. Do mesmo modo, a adoção de critérios menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos é uma manifestação da postura ativista.

Barroso completa que o juiz ativista visa o cumprimento integral da constituição:

um juiz ativista atua de forma distinta e aberta, pautando sua conduta no cumprimento integral da Constituição, de modo a aplicar os mandamentos constitucionais a situações ainda não acobertadas pelo texto constitucional, não se olvidando de considerar, em sua decisão, o contexto onde se encontra inserido, bem como as consequências que poderão advir de tal decisão.<sup>88</sup>

Com essa nova postura do Judiciário em face das ausências legislativas, os diversos direitos conquistados ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo podem enfim ser efetivados.

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

Por outro lado, é importante ressaltar que essa atuação do Judiciário somente será legítima quando não houver decisão política. Uma vez existente, a produção legislativa deve ser respeitada ou haverá violação do princípio da separação dos poderes.

A preocupação do Judiciário, notadamente dos Ministros do Supremo, com a concretização de valores e princípios constitucionais, consubstanciada no ativismo judicial, torna essa postura essencial para a coletividade, que padecia, até então, pela indiferença do Poder Legislativo.

Expressão clássica do ativismo judicial, no sentido de buscar a concretização de valores e fins constitucionais, garantindo-se a eficácia dos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, foi a determinação da aplicação da lei de greve do setor privado (Lei 7783/79) ao setor público, que encontrava-se impedido de exercer o direito de greve ante a pendência de regulamentação do inciso VII, do artigo 37 da Constituição. Tal decisão, prolatada no julgamento de um mandado de injunção coletivo é paradigmática no que diz respeito à teoria dos efeitos da decisão. Com essa decisão, o Supremo passou a adotar a Teoria concretista, dotando de efetividade o remédio constitucional.

Um caso recente de ativismo judicial envolve a Súmula Vinculante nº. 33. Por meio desta, o Supremo estabeleceu que será aplicada a Lei do Regime Geral da Previdência Social (Lei 8213/91) aos casos previstos no artigo 40, §4º, inciso III da Constituição, que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos. Dessa forma, tal artigo foi temporariamente regulamentado pelo STF, até que o legislador elabora uma lei própria para os servidores.

Outros casos envolvendo a edição de súmulas vinculantes regulamentadoras de matérias até então não objeto de lei podem ser citados, como as restrições ao uso de algemas, a vedação da cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas e a vedação do nepotismo nas três esferas de poderes da República.

Barroso<sup>89</sup> cita, como caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas no texto, o da fidelidade partidária e o da criação de nova hipótese de perda de mandato parlamentar, ao declarar, em nome do princípio democrático, que a vaga no Congresso pertence ao partido político.

O professor ainda exemplifica o ativismo judicial com os casos de distribuição de medicamentos por decisão judicial:

---

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o estado ou o município — por vezes, os três solidariamente — a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. Adiante se voltará a esse tema.<sup>90</sup>

Um caso de grande repercussão atual é a aplicação por analogia ou por extensão da norma constitucional sobre a união estável aos relacionamentos homoafetivos, que passaram a ser reconhecidos pelo STF.

O professor Luís Flávio Gomes e Valério Mazzuoli<sup>91</sup> afirmam que uma importante e histórica decisão foi a que atribui o *status* de norma supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com o procedimento especial previsto no artigo 5º, §3º da Constituição de 1988.

Desta forma, a elevação do Judiciário à categoria de protagonista da República brasileira mostra-se legítima mesmo em face ao princípio da separação dos poderes, de modo que não atenta contra a democracia. Barroso observa que “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”.<sup>92</sup>

A finalidade da democracia (soberania popular) é atingir os anseios do povo e o constitucionalismo tem como objetivo garantir o respeito aos direitos fundamentais. Portanto, se um dos poderes não cumpre fielmente a função que lhe é atribuída e falha perante seus governados, a democracia é ferida. Como consequência, a interferência na área omitida por outro poder restabelece a ordem democrática temporariamente, tendo em vista que a coletividade necessita de prestações imediatas.

Sobre a crise de representatividade do Legislativo, Barroso explica:

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

<sup>91</sup> GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional? (Parte I). Disponível em <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090812090903272&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090812090903272&mode=print)>. Acesso em: 29 nov 2014.

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição (...) <sup>93</sup>

Assim, a ascensão institucional do Poder Judiciário pode ser explicada pelo grau de prestígio do Poder Legislativo que, com exposto, declinou ao longo dos anos devido a sua ausência. Com a intenção de proteger a Constituição, o Judiciário tomou para si a função de suprimir as omissões, que inevitavelmente, por meio de suas decisões, inova na ordem jurídica. Porém, deve-se ressaltar que essa interferência deve ser bem vista, posto que, desta forma, o Judiciário torna possível as conquistas do constitucionalismo, notadamente a garantia de direitos e sua efetivação.

---

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 10 out 2014.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista o caminho percorrido na realização deste trabalho de conclusão de curso, pode-se perceber que o tema é bastante atual e o seu debate é de extrema importância para futura delimitação do papel do Poder Judiciário e análise da crise representativa do Poder Legislativo. O tema repercute diretamente na vida da sociedade, que busca cada vez mais a solução judicial de seus anseios, especialmente no que se refere à garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

A metodologia empregada visa à exposição dos conceitos fundamentais ao entendimento do tema, notadamente a sua origem. Para compreender o surgimento do ativismo judicial, fez-se necessário observar o fortalecimento institucional do Poder Judiciário, que nas primeiras fases do constitucionalismo não passava de um órgão cuja função era aplicar a literalidade da lei. Marcelo Novelino explica essa ascensão do Judiciário como uma consequência da evolução histórica do constitucionalismo, um movimento pelo qual a sociedade buscou a limitação do poder e a garantia de direitos.

A fase atual do constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, e trouxe a ideia de efetivação dos direitos fundamentais, bem como a consagração de diferentes direitos sociais nas Constituições.

No Brasil, no entanto, o legislador, a quem cabe a função de elaboração de leis regulamentadoras da prestação de tais direitos, tem permanecido inerte em relação a diversos dispositivos constitucionais, dificultando a fruição de tais direitos pela sociedade.

Para solucionar temporariamente essa questão, o Judiciário, quando provocado, toma para si a função de legislador, fornecendo uma resposta imediata aos jurisdicionados. Essa posição adotada, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, é severamente criticada (por vezes, aplaudida), tendo em vista o princípio da separação dos poderes.

Luís Roberto Barroso afirma que o ativismo judicial visa concretizar os valores e fins constitucionais. Já ao observar a jurisprudência, verifica-se que o Supremo vem respondendo satisfatoriamente aos anseios da sociedade que padeciam sob a vontade do Legislativo.

O argumento violação ao princípio de separação dos poderes deve ser analisado à luz do sistema de “freios e contrapesos” e da manutenção da democracia. Ao não exercer plenamente sua função, o Legislativo causa verdadeiras omissões inconstitucionais, que são temporariamente resolvidas pelo Judiciário quando provocado pelo povo, o titular do poder.

Portanto, o fortalecimento institucional do Judiciário e sua nova postura pró-ativa tem como finalidade a efetivação dos valores constitucionais, tendo em vista que a população deve fazer jus aos direitos que lhes foram garantidos pelo legislador originário.

Porém, convém ressaltar que o Judiciário deve respeitar as decisões políticas já existentes do Legislativo e que as soluções judiciais são provisórias, até que o legislador elabore os atos normativos regulamentando os dispositivos constitucionais pendentes.

Diante desse contexto, revela-se importante uma nova análise dos Poderes da República que se encontram em verdadeira crise de legitimidade, notadamente o Legislativo e o Judiciário. A interferência recíproca é fundamental para a manutenção da democracia, no entanto, suas funções devem ser cumpridas, uma vez que são destinadas ao atendimento das necessidades do povo, o titular de todo o poder, como consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. Ed. Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008 - Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos.

BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Dicionário de Política. 11. Ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 3.367/DF, Relator: Min. Cezar Peluso, publicado no DJU em 25 abr. 2005.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, RE 393175/RS, Relator: Min. Celso de Mello, publicado no DJU em 16 fev. 2006.

\_\_\_\_\_, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. Ed., 2009.

CARVALHO, Kildare Golçalves. Direito constitucional. 15. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo : um analisis metateorico.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros dias. Trad. Manuel Martinez Neira. Madri: Trotta, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional? (Parte I). Disponível em <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090812090903272&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090812090903272&mode=print)>.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución.

MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo.

MAZZARESE, T., Appunti del corso di filosofia del diritto, anos 2000/2001, proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, inédito, apud POZZOLO, Susana. "Um constitucionalismo ambíguo". In. Neoconstitucionalismo(s),opus cit.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 9. Ed. Coimbra, 2012.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>>.

POZZOLO, Susanna. "Metacritica del neoconstitucionalismo. Una risposta ai critici di 'Neoconstituzionalismo e positivismo giurídico'".

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional positivo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana. Madri, 1987.

TAVARES, André Ramos. Curso da direito constitucional. 10. Ed. Saraiva, 2012.