**O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL: A BUSCA DO BEM-ESTAR SOCIAL DENTRO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO [[1]](#footnote-2)**

*Ianna Pessoa Lima²*

*Thiago da Silva Alves³*

*Jorge Ferraz*4

**Sumário:**1 Introdução; 2 O neoconstitucionalismo; 2.1 Aspectos históricos do neoconstitucionalismo;2.2 O advento do neoconstitucionalismo no âmbito social;2.3 críticas ao neoconstitucionalismo; 3 O ativismo judicial; 3.1 Classificação do ativismo judicial;3.2 judicialização da política 3.3 O sentido negativo e positivo da constituição simbólica; 4 Aplicação do Neoconstitucionalismo e Ativismo judicial na legislação brasileira em busca do bem estar social; 5 Conclusão. Referências.

**RESUMO**

O presente *paper* apresenta enquanto enfoque uma abordagem analítica acerca do Neoconstitucionalismo e do Ativismo Judicial dentro de um Estado Democrático na busca de uma sociedade justa e solidária. O Neoconstitucionalismo é formado por conjunto de conceitos e de modificações que ocorreram no Direito Constitucional, onde temos a Constituição Federal como principal fonte e base pra todo o direito. O ativismo judicial trouxe o aumento do Poder Judiciário decorrente de novas teorias Constitucionais, com a intervenção dos Tribunais, passando a criar um novo direito através de um Poder Político.

**Palavra-chave:** Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Judicialização

**1 INTRODUÇÃO**

Estamos diante de um tema de grande relevância social e democrática, pois, o Direito Brasileiro esta em constantes mudanças nos últimos tempos. Desde o início da sociedade o homem sempre buscou comandar o Estado, assegurando assim os seus direitos básicos. O comando do Estado gerava muitos atritos, pois, aquele que estava no poder não satisfazia a vontade da população, o que acabou gerando constantes confrontos com o objetivo de delimitação dos direitos sociais o que ficou conhecido inicialmente de Contitucionalismo. Porém, com o passar do tempo e o avanço da sociedade moderna, esse Constitucionalismo atualmente foi denominado de Neoconstitucionalismo, trazendo novas idéias do que seria o direito e grandes conquistas.

Inicialmente, a Constituição Federal era caracterizada como uma ferramenta de caráter político, porém, viu ser necessário um destaque maior a Constituição Federal e esse destaque se deu por meio do Neoconstitucionalismo, e a Constituição passou a ser vista como lei e a ter força de lei, e se transformou na lei maior do ordenamento jurídico brasileiro, onde todas as leis deveriam obedecê-las e resguardá-la. Com essa mudança, houve uma ruptura com o positivismo clássico.

Para a aplicação do que estava escrito na Constituição Federal, foi necessária novas táticas de interpretação com a principal finalidade do texto da constituição serem efetivo e eficazes a sociedade. A Constituição Federal passou a dispor sobre assuntos administrativos e judiciais, que antes eram explicados por argumentos lógicos, e agora, são analisados de acordo com a ordem moral e da justiça.

Roberto Luis Barroso, afirma: “foi o período que ficou conhecido de pós-positivismo, o direito passou a buscar uma fonte superior, a fonte constitucional, e passou a se aproximar de ciências sociais como a filosofia e a sociologia, dentre outras (Barroso, 2001, p[?]).

Logo após o surgimento do Neoconstitucionalismo, o ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças, mudanças que foram trazidas pela Teoria do Ativismo Judicial entre as quais se destacou a quebra da separação dos poderes que se caracterizava como fundamento dos Estados Democráticos.

**2 O NEOCONSTITUCIONALISMO**

O conceito de neoconstitucionalismo surgiu na Espanha e na Itália por meio da obra Neoconstitucionalismo de Miguel Carbonell (2003) na Espanha e essa obra teve grade influência na legislação brasileira.

Mazzarese( 2009, p.13-14) afirma que o neoconstitucionalismo pode ser classificado em três sentidos:

a) em primeiro lugar, 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;

b) em segundo lugar, neoconstitucionalismo indica um certo modelo explicativo do 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. Nesse segundo sentido neoconstitucionalismo não indica portanto nada no mundo, senão que mais precisamente representa um modelo teórico;

c) em terceiro lugar, 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 e a mera concretização do Direito real, sobre a base dos princípios e dos valores que neste último estão expressamente enunciado.

Aqueles que defendem o neoconstitucionalismo baseiam os seus pensamentos nos doutrinados Ronald Dorkin, Robert Alex, Peter Haberle que se apresentam como positivistas e não positivistas baseados na doutrinas jusfilosóficas e filosofia política, protegendo assim a utilização de um método para o emprego do direito, não podendo aplicar os métodos existentes na hermenêutica jurídica, devendo aplicar o liberalismo político(Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino), comunitarista(Lênio Luiz Streck,) e procedimentalistas(Antonio Cavalcanti Maia).

De acordo com Carbonell (2009. p. 197-208) o neoconstitucionalismo é caracterizado por um entendimento claro e coerente, formado por várias visões sobre o fato jurídico na contemporaneidade, mas, que possui elementos comuns reunidos em um mesmo titulo o que resulta em uma conceituação mais concisa.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 246) afirma:

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.

O neoconstitucionalismo visa criar novas teorias que se compatibilizem com a modificação da cultura jurídica, assim como afirma Vanice Valle (2007,p.102.):

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos são expressões que traduzem uma mesma realidade, consistente num modelo que limita o poder, porque suas ideias fundantes assim o exigem como mecanismo de sua própria afirmação. Esclarece a autora que não se cuida mais, portanto, de limitar o poder porque ele se possa desviar de seus parâmetros de atuação; mas sim, de limitar o poder, numa cogitação objetivamente orientada de que o seu exercício há de ser voltado à concretização daquelas mesmas normas fundamentais, e qualquer outro percurso será ilegítimo, tanto do poder que age por força de competência originária, como daquele que controla a ação já desenvolvida .

O surgimento do neoconstitucionalismo foi para combater o positivismo jurídico que não estava mais agindo de acordo com a justiça. A aplicação do neoconstitucionalismo na legislação brasileira foi à base para o novo marco do direito constitucional no Brasil que se fez por meio da Constituição de 1988 visando o processo de redemocratização.

**2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

O nascimento do neoconstitucionalismo se fez após o segundo pós-guerra na Europa Ocidental(SARMENTO, 2007. p.203-250), porém, a sua aplicação só foi feita muito tempo depois e nos países de Terceiro Mundo como a Colômbia(PULIDO, 2006, p.[?]), Argentina (ANGELL, p. 161-185) México(CARBONELL, 2006, p.[?]), África do Sul (KLUG, 2006. p. 266-320.) na Índia(SATHE, p. 215-265.) e no Brasil.

Durante a Segunda Guerra Mundial na legislação prevalecia a lei editada pelo parlamento como base do direito aplicada a toda legislação, assim não havia força normativa nas constituições. “Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos.”(GARCIA, 1985. p. 41.)

Após a Segunda Guerra, viu a necessidade de criar novas leis que fortalecesse as constituições visando garantir a proteção dos direitos fundamentais. Com esse pensamento, a Constituição da Europa se atualizou e buscou ficar próxima as leis dos Estados Unidos, onde buscava uma “Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis” ( BREST; 2000. p. 79-103.).

Assim como afirma Prietro Sanchís(2003. p. 107-117):

Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas européias foram, em geral, muito além disso. As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família.

Com o advento dessas constituições viu-se a necessidade de resolver os conflitos existentes entre os princípios e as regras no direito que estavam se colidindo e com isso, foi criado o Poder Judiciário que utilizou métodos hermenêuticos e a subsunção para resolver esses conflitos, o fez também por meio da proporcionalidade e as suas decisões eram legitimas dentro da sociedade o que resultou no desenvolvimento de várias teorias que foram utilizadas no Direito no campo da moral, o que consequentemente tornou o Judiciário um órgão de grande importância onde cada vez era maior a procura por esse órgão para resolver litígios, onde a principal matéria-prima do Judiciário passou a ser o neoconstitucionalismo, assim como afirma Robert Alex ( 1991, p [?]):

Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar.

No neoconstitucionalismo é claro a utilização do princípio da separação dos poderes que restringia a atuação do Poder Judiciário, o que dava oportunidade de utilizar outros meios visando valorizar as defesas constitucionais por meio da moral dando assim força jurídica.

A primeira contribuição do Neoconstitucionalismo para o ordenamento jurídico ocorreu por meio da Lei Fundamental de Bonn, através da Constituição Alemã de 1949, depois, tivemos a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, que trouxe os direitos civis e os embasamentos jurídicos do país. Logo depois em 1847 veio a Constituição da Itália criando uma Corte Constitucional. Na década de 70 tivemos em Portugal e Espanha a utilização do direito constitucional e no Brasil ocorreu em 1988 por meio da promulgação da Constituição Federal que foi criada para que o país passasse a ser um Estado Democrático de Direito, visando a igualdade entre as pessoas e a valorização do ser humano.

**2.2 O ADVENTO DO NEOCONTITUCIONALISMO NO ÂMBITO SOCIAL**

O Neoconstitucionalismo resguarda um “novo” constitucionalismo que busca a concretização dos direitos fundamentais e na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, procurando realizar e aplicar dentro da sociedade a igualdade, o estabilização e uma justiça solidária.

O Neoconstitucionalismo surge como um modelo inovador de Estado, criado para dar nos métodos para resolução das relações jurídicas, por meio da atuação e eficácia do Poder Público visando suprir as necessidades da sociedade.

A teoria do neoconstitucionalismo delimita a transformação de um Estado de Direito Tradicional fundamentado no positivismo normativo em um Estado que se preocupa com o bem estar social dos indivíduos se baseando na moral e na política.

O neoconstitucionalismo defende o princípio da supremacia da Constituição, onde defende que a analise e interpretação das leis deve estar de acordo com a Constituição visando a promoção social, política e moral da sociedade.

Amélia Sampaio Rossi (p. 3819/3820) fala sobre o Neoconstitucionalismo no âmbito social:

É preciso que o Direito seja também um instrumento a ser utilizado para a emancipação do homem, da pessoa humana. O fenômeno jurídico não pode se postar apenas a garantir e resguardar as posições dominantes de poder, antes deve servir para transformar a realidade atuando com ferramenta eficaz para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por meio do neoconstitucionalismo viu-se a necessidade de utilização dos valores e dos princípios constitucional, com o objetivo de garantir uma vida harmônica, digna e plena para a coletividade.

O Neoconstitucionalismo dentre as suas correntes, temos que se deve buscar sempre a verdadeira definição da norma, buscar o verdadeiro sentido incluído ela ao âmbito social das leis, através dos princípios constitucionais e por meio da ponderação, até mesmo para a aplicação da lei deve-se utilizar os princípios que possuam valores subjetivos , assim como afirma Luis Roberto Barroso (2007, p. 9):

A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.

E importante destacar que o Neoconstitucionalismo busca o fornecimento social e eficiente de direitos por parte do Estado para os indivíduos, pois, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma completa e imediata.

Leandro Soares Lomeu (p. 3663) defende que o Neoconstitucionalismo seja:

Deve, por fim, ser a Constituição integracionista e universal. A Lei Fundamental deve refletir uma integração ética, moral, espiritual e institucional, tendo em vista o desenvolvimento de funções com fins comuns. Universalista no sentido de conferir uma maior proteção aos direitos fundamentais, cujo fim maior será propiciar a todos uma existência digna.

Através do Neoconstitucionalismo, ocorreu uma mudança no ordenamento jurídico e passou a ter a seguinte regra: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador”. (DO VALE, 2003, p. 68).

**2.3 CRITICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO**

De acordo com Daniel Sarmento (p. 31) a teoria do neoconstitucionalismo possui três críticas:

(a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

A primeira crítica gira em torno do poder dado ao Poder Judiciário, pois, o neoconstitucionalismo coloca expectativas nas decisões do Judiciário em relação ao poder de liberdade,porém, esse “viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo.( ZAFFARONI, 1995. p. 43).

Essa crítica decorre de que em uma democracia quando se tratar de decisões políticas é necessário que essas decisões sejam tomadas pela sociedade e pelos próprios políticos que foram eleitos, e na verdade o que acorre que são os juízes que toma todas as decisões, eles possuem um poder permanente de decisão de qualquer assunto.

A segunda crítica gira em todo pensamento do neoconstitucionalismo em relação à recuperação da racionalidade no âmbito jurídico no tocante da fundamentação das decisões dos juízes através das teorias da argumentação. No Brasil, temos a valorização dos princípios e a utilização da ponderação para resolver os conflitos.

A terceira critica e em relação da constitucionalização do Direito, onde temos a difusão das normas constitucionais pelo ordenamento que resulta no acolhimento dos métodos de liberdade, “a Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas.” (KELSON, 2003. p.153), com isso, o interprete passa a aplicar as normas de todos os ramos do Direito desde que estejam de acordo com a Constituição.

**3 O ATIVISMO JUDICIAL**

O ativismo possui muitas definições, mas, na área da ciência do direito ele utilizado para indicar que o poder judiciário esta extrapolando que lhe foi imposto, agindo com abuso dos poderes que lhe foram dados para garantir uma ordem jurídica.

Em relação ao seu nascimento, Carvalho (2009, p[?]) afirma que o surgimento do ativismo judicial se deu por meio da “jurisprudência norte-america”, já na concepção de Barroso(*online*):

O ativismo judicial despontou com um matiz conservador, citando como exemplo a Suprema Corte Americana que utilizou ativismo para manter a segregação racial. "Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial.

O ativismo judicial, deriva da atuação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, com a finalidade de extensa explicação das normas constitucionais, com alargamento da sua abrangência e do seu significado. Em procura da maior alargamento da normatividade constitucional, estendendo o poder confiado ao Judiciário, sendo aceitável a consolidação dos valores e fins constitucionais.

De acordo com Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 447): “O juiz, valendo-se de novas teorias interpretativas, seja o neoconstitucionalismo normativo, seja o neoconstitucionalismo total, amplia, ao máximo, o alcance da normatividade constitucional, para preencher o vazio deixado pelos demais poderes”.

De acordo com Adriana Ramos ( *online,* p. 10 ):

O ativismo judicial está associado às seguintes condutas: [a] aplicação direta da Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária autorizando (ex: súmula vinculante n.13); [b] declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com base em critérios menos rígidos que os de violação ostensiva à Constituição (ex: declaração de inconstitucionalidade das cláusulas de barreiras, que exigiam dos partidos políticos requisitos mínimos de desempenho); e [c] interferência em questões de políticas públicas, impondo-se ações ou abstenções ao Poder Público (exemplos: obrigatória distribuição de medicamentos ou realização de tratamentos médicos; ou imposição aos Municípios para criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor de crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola - RE 410715 AgR /SP).

Lênio Streck (2007, p. 25) afirma:

Por eso, he concluido, que las cuestiones ligadas al cumplimiento de lãs tareas sociales como la formulación de las respectivas políticas en el Estado Democrático (y Social) de Derecho, no están relegadas solamente al gobierno y a la administración (Gilberto Bercovici), sino que tienen su fundamento em las propias normas constitucionales sobre derechos sociales: su observación por el Poder Ejecutivo puede y debe ser controlada por el Poder Judicial.

O ativismo judicial possui objetivos diferente da auto-contenção, que é um comportamento que esta presente no ordenamento jurídico brasileiro, criado através da publicação da CF/88 e diferenciada pelo tradicionalismo do judiciário no processo de aproveitamento das normas constitucionais.

Ativismo Judicial é uma doutrina que foi criada junto com o Estado Democrático de Direito e dos Tribunais Constitucionais, com a finalidade do Poder Judiciário através das suas decisões desenvolve um direito, com um poder de ampla aceitação social, sendo autenticado pelo Poder Constituinte Originário, com o objetivo de Guardião das Constituições, por isso, as decisões possuem uma elevada carga política, podendo modificar as políticas públicas ou também os campos públicas.

**3.1 CLASSIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL**

Pela doutrina, o ativismo judicial se classifica em procedimentalista e outro substancialista.

A doutrina que defende o procedimentalista afirma que o direito deve agir no campo da política, pois, e por meio do direito que vai garantir a justiça, liberdade e igualdade, sendo um fiscalizador da lei, assim com afirma Lênio Streck(2002. P. 158):

Por último, altera-se a relação entre política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos e a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativo, como os gerados pelos direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.

Já a doutrina que defende o substancialista afirma que o Poder Judiciário através dos seus julgados criar um direito através da interpretação construtiva de Dworkin considerando o poder legislativo e poder judiciário, assim com defende Kelsen(2000. p. 196):

A função criadora de Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo.

**3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

A judicializaçãoé a passagem de poder dos juízes aos tribunais, essa transferência de poderes visa apenas a segurança jurídica através da observância da regra jurídica e da excepcionalidade dos princípios e não mais por meio do modelo positivo e sim pelo positivismo inclusivo (MOREIRA, 2009, p. 445)

A judicialização é decorre do constitucionalismo contemporâneo, ativada especialmente após a promulgação da Constituição de 1988. Incide em um enfrentamento do Poder Judiciário em relação à supressão dos demais Poderes, que passaram a não mais lutar pelos anseios sociais. Com isso, “o Executivo e Legislativo, passam a prolatar decisões em questões relevantes, fundamentadas direta e imediatamente na Constituição. As normas de decisões (GRAU, 2009, p. 102-103) observam o pedido formulado.” (GRAU, 2009, p. 102-103) não cabendo assim, ao Poder Judiciário deixar de apreciar os caso., devendo sempre promover o acesso à Justiça. Assim como afirma Barroso ( 2008, p.6):

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.

A judicialização decorreu da promulgação da Constituição Federal de 1988 criado pelo Poder Constituinte e não pelo Poder Judiciário, é a “ transferência de poder aos juízes e tribunais, os quais passam a decidir, não apenas com base naquele modelo positivista, comprometido apenas com a segurança jurídica a partir da observância da regra jurídica e da excepcionalidade dos princípios – positivismo inclusivo” (MOREIRA, 2009, p. 445)

Luiz Roberto Barroso (2009, p. 332a) aponta três motivos para a judicialização da vida no Brasil: (1) a redemocratização do país; (2) a constitucionalização abrangente; e (3) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Na primeiro temos a redemocratização do país de analisada por Eros Grau (2009, p. 29) que afirma que essa corrente vai contra os demais interesses :

A partir da Constituição de 1988, houve um reposicionamento do poder judiciário frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura. Tem-se, então, um poder voltado a dar concretude à Constituição e às leis, ainda que nesse processo de ‘interpretação e concretização do direito’, a norma de decisão criada pelo intérprete autêntico.

Devido a atuação na sociedade do Judiciário acarretou no aumento do Ministério Público que passa a ter a função não somente de órgão acusador e sim de lutar pelos direitos de interesse social. E de acordo com o art. 134 da Constituição temos as Defensorias Públicas para garantir a defesa e o acesso à justiça a população carente.

Na segunda temos a constitucionalização abrangente que trata sobre a inclusão de assuntos políticos dentro do texto constitucional que gerando apreensão por parte do legislador e pelo reformador, com isso, viu a necessidade de constitucionalizar alguns tema dando a eles contorno do Direito.

A terceira temos o controle de constitucionalidade que admite que seja dada a declaração de inconstitucionalidade tanto por meio dos juízes ( não aplicam no caso concreto ato considerado inconstitucional ) quanto pela via concentrada( através da aplicação de atos normativos dados pelo STF).

**3.3 O SENTIDO NEGATIVO E POSITIVO DA CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA**

Os sentidos negativos e positivos da constitucionalização simbólica são apresentados de maneira concomitante. Segundo Marcelo Neves( 2007, p. 115-116):

Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como álibi para os agentes políticos.

O sentido negativo da constitucionalização simbólica, de acordo Marcelo Neves (2007, p. 91) o sentido negativo da constituição afirma que “o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”, ou seja, o texto normativo não deriva de nenhuma normatividade, porém, isso não quer dizer que a Constituição não tem nenhum valor jurídico e sim , a normatividade da Constituição é impossibilitada por várias instâncias, “ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material” (NEVES, 2007, p. 94).

A falta de normatividade na Constituição é comprovada pela “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição” (NEVES, 2007, p. 92), fato que é percebido tanto no meio social quanto na atuação dos órgãos estatais (NEVES, 2007, p. 94).

O sentido positivo defende que a Constituição simbólica apesar de não ter uma concretização constitucional, por meio desse sentido, é possível analisar que o papel político-ideológico desempenhado por essa constituição. Esse papel político-ideológico, de acordo com NEVES (2007, p.96) “a positivação de diversos direitos e garantias no texto constitucional “responde a exigências e objetivos políticos concretos”, assim como afirma Wálber Araujo Carneiro (2009, p. 6):

As mudanças percebidas no modo como tribunais e juízes veem a constituição e suas possibilidades de concretização representam, em verdade, o deslocamento da função positiva da “constitucionalização simbólica”. Se a função negativa (...) deixa de ser sustentável, a função positiva acabou sendo deslocada para o Judiciário, uma vez que as intervenções deste último (tal qual a do Constituinte) não resultarão em uma real e universal concretização da norma constitucional. Tais intervenções se dão, na maioria das vezes, no âmbito de microjustiça (...), mas não encontram respaldo político no âmbito de uma macrojustiça.

**4. APLICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALIMSO E ATIVISMO JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRO EM BUSCA DO BEM ESTAR SOCIAL**

Na legislação brasileira o neoconstitucionalismo se mostra de forma inerte, essa omissão deriva da sua origem histórica, a quantidade de leis desnecessárias na constituição que não possui eficácia, o caráter econômico também é um fator para a omissão do Poder Judiciário.

O primeiro caso de Inércia do Poder Judiciário foi à remoção da fonte Conselho Nacional de Justiça o que resultou em um acúmulo do Judiciário, o que infringiu o art. 5, LXXVIII da Constituição Federal: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Se antes a “Constituição estava localizada de maneira subalterna no imaginário coletivo, sendo o Código Civil o centro, a partir de então a Constituição tomou efetivamente a posição central”, assim como afirma Farias e Rosenvald (2007, p. 25-29).

A principal finalidade da jurisdição é satisfazer os desejos da sociedade, que é função do Estado adequar medidas eficazes e eficientes para solucionar os problemas da coletividade. A aplicação do neoconstitucionalismo é de função do Ministério Público com “o desempenho jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127, Constituição Federal) visando um bem estar social dentro de um Estado Democrático.

De acordo com Hesse (1991, p. 23) : “Uma das grandes transformações que o Neoconstitucionalismo provocou no Brasil foi a construção de um sentimento cons­titucional no país. Segundo Konrad Hesse, este é um dos elementos essenciais para que uma Constituição tenha sua força nor­mativa, ou seja, a vontade de Constituição.”

A contribuição do Neoconstitucionalismo no tocante Poder Legislativo e Executivo Brasileiro, de acordo com Barroso (2006, p. 9; 28):

Limites em suas atuações prá­ticas, e colocou o dever de promover seus fins constitucionais. A jurisdição constitucional passou a ser exercida de forma difusa por juízes e tribunais, e de forma concentrada pelo STF, e expandiu-se devido à ampliação do direito de propositura (art. 103) e à criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamenta.

A aplicação do ativismo na legislação brasileira após a judicialização da política através da promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como afirma MAUÉS(2007, p.63):

Na inauguração de nosso sistema de controle de constitucionalidade, nos albores da vigência da Carta de 1988, revelava o STF maior afinidade com os temas próprios do direito privado e ao processo, fator que contribuiu para formação de uma jurisprudência defensiva no que toca às potencialidades dos instrumentos de jurisdição constitucional então criado. Esse mesmo quadro não mais prospera, seja pelo crescimento da valorização das questões diretamente afetas ao Direito Constitucional seja pela mudança de composição da corte, que passou a receber magistrados originários de um ambiente acadêmico ou judiciário que já experimentava essa mesma valorização da Constituição.

De acordo com PETRACIOLI( 2009 [?]) a aplicação do ativismo judicial no Brasil decorreu de uma: “que há uma “crise de identidade” das demais esferas de poder, colocando-se em risco a democracia, de modo a provocar um caos institucional.” Os partidos políticos diante dos “constantes e suspeitos acordos políticos entre Executivo e Legislativo, bem como a representatividade popular, tendo em vista o crescente afastamento entre a classe política e a sociedade em geral” (PETRACIOLI, 2009).

Outra justificativa para essa aplicação é o nascimento de um acontecimento sob análise que é a liberdade de expressão por parte da impressa, e temos como exemplo “a divulgação frequente de diversos escândalos, envolvendo a classe política” (APPIO, 2008).

A utilização do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial na legislação brasileira tem como principal finalidade um Estado justo, igual e eficaz prevalecendo os Direitos Humanos assim como esta expresso na Constituição Federal baseado nos Direitos Humanos e nos Direitos Fundamentais.

**CONCLUSÃO**

O Constitucionalismo: é conhecido como modelo-força, foi por meio dessa teoria que os homens lutavam pelos seus direitos individuais. Já o Neoconstitucionalismo é conhecido como constitucionalismo moderno, foi através desse movimento que a Constituição Federal passou a ser “lei-maior” no ordenamento jurídico protegendo os direitos sociais e fundamentais. É temos o Ativismo Judicial que tem como principal finalidade a autenticidade das decisões judiciais determinando obrigações, porém, essa legitimidade não esta prevista no texto da Constituição Federal e sim, foi criada através da interpretação do juiz que age individualizado, buscando dentro dos seus próprios conhecimentos a decisão cabível para cada caso

A Constituição Federal de 1988 possibilitou a entrada da teoria Neoconstitucional e do Ativismo Judicial, devido ao crescimento do Poder Judiciário, com a finalidade de auxílio e intervenção de seus tribunais. O art. 1 da Constituição Federal trouxe um novo modelo de Estado Brasileiro, conhecido como Estado Democrático de Direito com a finalidade de um estado em que tenha como prioridade o bem-estar social.

Porém, grandes são as críticas dos doutrinadores sobre esses dois institutos do direito constitucional,pois, afirmam que esses sistemas causam retardos na política do Poder Judiciário, denegrindo os sistemas sociais e impedindo o devido funcionamento de um Estado Democrático.

**REFERÊNCIAS**

ALEXY Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Distribuiciones Fontamara,

1993; Aulis Aarnio. Lo Racional como Razonable. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991.

ANGELL, Alan. **The Judicialization of Politics in Latin America**.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.  
BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16.ed.São Paulo: Atlas,2000.

BARROSO, Roberto Luis. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo***.* In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**Curso de Direitos Constitucional Contemporâneo**: conceitos

fundamentais e a construção do novo modelo. Editora Saraiva. 1º edição. 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf.>.Acesso em: 07/10/2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis, **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **Palestra: Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial no Brasil de Hoje – IX Congresso Brasileiro de Direito Público**. Disponível em:<

http://www.Irbarroso.com.br./web/pt/noticias/>. Acessado em 26/08/2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.**RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número

9. Março/abril/maio de 2007. Bahia. ISSN 1981/1888.Disponível em:<

http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 07/10/2014.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. [**Ativismo judicial em crise**](http://jus.com.br/artigos/12781). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12781>.

Acesso em: 07 out. 2014.  
CARBONELL, Miguel et al. **Neoconstitucionalismo(s***)*. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **Los Derechos Fundamentales en México**. 2. ed. México: Porrúa, 2006

CARNEIRO, Wálber Araujo. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável. *In:* CUNHA JÚNIOR, Dirley da.; DANTAS, Miguel Calmon (Orgs.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: JusPodivm. 2009.

DO VALE, André Rufino. **Aspectos do Neoconstitucionalismo.** Revista Brasileira de Direito

Constitucional- RBDC n. 09, janeiro, junho, 2007.

ENTERRÍA .Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal**

**Constitucional.** 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, konrad. **A Força Normativa da Constituiçã**o. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KLUG ,Heinz. South África: From Constitucional Promise to Social Transformation.

In: Jeffrey Goldsworthy. **Interpreting Constitutions**: A Comparative Study. Oxford:

Oxford University Press, 2006.

KELSEN, Hans.**Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans**. Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl.**Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 6º edição.

LOMEU, Leandro Soares*.* **Aspectos do Neoconstitucionalismo.**

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Do positivismo ao neoconstitucionalismo. 20 anos da Constituição Brasileira.** Coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Márcio Pugliesi. São Paulo: Saraiva,2009.

MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos**. As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004). In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As** **novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **"Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral**" . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2281, 29 set. 2009  
PULIDO,Carlos Bernal. **El Derecho de los Derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil**: Teoria Geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais.** Introdução.

Constitucionalismo Contemporâneo X Positivismo Jurídico. A realização dos direitos

fundamentais sob a perspectiva Neoconstitucionalista. Conclusão.

SANCHÍS.Luis Prietro. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid:

Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.**

SATHE,S. P. **Índia**: From Positivism to Structuralism. In: Jeffrey Goldsworthy.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio. **La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales – sociales.** Set. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index. php?option=com\_docman&Itemid=40>. Acesso em: 03 de nov de 2014.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 6º edição. 2008

Mazzarese,T apud Maia, Antônio Cavalcanti. **As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Coordenadores :Quaresma, Regina – Oliveira, Maria Lúcia de Paula – Oliveira, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Ed. Forense. 1º edição. 2009. Rio de Janeiro.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a Omissão Legislativa**: Real Desafio a Harmonia entre os Poderes. Belo Horizonte. 2007.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl.**Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos tribunais. 1995)

1. Paper apresentado à disciplina de Teoria do Direito Constitucional, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

   ² Aluna do 2º período noturno da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB

   ³ Aluno do 2º período noturno da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB

   4 Professor, orientador. [↑](#footnote-ref-2)