

RECEBIDO EM: 03/05/2016

APROVADO EM: 16/06/2016

# O NEOCONSTITUCIONALISMO E O SUPOSTO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE NEOCONSTITUTIONALISM AND THE ALLEGED MAIN ROLE  
OF THE COURTS IN POLICY IMPLEMENTATION*

*Daniel Rocha de Farias*

*Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNB  
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Advogado da União*

**SUMÁRIO:** Introdução; I Um modelo constitucional alternativo; II A força normativa da Constituição e o problema de sua interpretação; III A Constituição pluralista e a constitucionalização do direito; IV O desprezo às regras e à lei: o Direito que não rege a conduta humana; V A colisão de princípios e a técnica de ponderação; VI Demanda por uma nova teoria do Direito; VII O pseudo-protagonismo do Poder Judiciário; VIII Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No presente artigo, pretende-se apresentar o neoconstitucionalismo mediante análise crítica de suas características. Inicialmente é feita análise do fundamento principal do pensamento que consiste na força normativa da Constituição. Exposto o dogma do neoconstitucionalismo, passa-se a análise de seus efeitos, onde se aborda a constitucionalização do direito, o culto aos princípios e o conseqüente desprezo às regras e a técnica de ponderação para solucionar conflitos aparentes entre princípios. A problemática é discorrida à luz da existência de outros intérpretes constitucionais. Por fim, serão analisados alguns dados empíricos disponíveis com a finalidade de contestar o alegado protagonismo do Poder Judiciário na execução de políticas públicas, argumento presente nos defensores do neoconstitucionalismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo. Protagonismo do Poder Judiciário. Políticas Públicas. Princípios Constitucionais. Constitucionalização do Direito. Ponderação.

**ABSTRACT:** In this essay, it's presented the idea of the neoconstitutionalism, with a critic analysis of its characteristics. It's presented the main argument of the theory, which is the normative effect of the Constitution. After the exposition of neoconstitutionalism dogma, it's made an analysis of its effects, included the constitutionalization of the law, a principles veneration and the consequent contempt of the rules and the balance technique in order to bring solution to the apparent principles conflict. The question is treated considering the existence of others interpreters despite the judges. At the end, some empiric data will be analyzed in order to contest the alleged main role of the courts in policy implementation, argument of the neoconstitutionalism sympathizers.

**KEYWORDS:** Neoconstitutionalism. Main role of the Courts. Policy. Principles. Law Constitutionalization. Reflection Technique.

## INTRODUÇÃO

O termo “neoconstitucionalismo” apareceu de forma a impulsionar as discussões acadêmicas no Brasil acerca da Teoria Geral do Direito e da Hermenêutica Constitucional a partir da publicação da famosa coletânea de artigos de autores estrangeiros organizada por Miguel Carbonell denominada “Neoconstitucionalismo(s)” em 2003<sup>1</sup>, embora a discussão quanto à maioria de suas características tenha se iniciado em momento anterior.<sup>2</sup> O próprio título do livro já traz um indicativo da existência de um ideário difuso<sup>3</sup> quanto a defesa dessa nova forma de pensar o Direito.

O próprio Carbonell, ao introduzir a obra, demonstra a multiplicidade de sentidos que o termo “neoconstitucionalismo” é tratado nos artigos da publicação: descrição do que deveria ser o Estado Constitucional; descrição da eficácia das mudanças propostas na nova interpretação constitucional; e análise das teorias explicativas deste novo estado de coisas.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, a doutrina brasileira também reconhece que existe uma multiplicidade de entendimentos quanto aos elementos do neoconstitucionalismo, razão pela qual expressa a dificuldade em definir precisamente essa corrente de pensamento.<sup>5</sup>

Parte dos autores nacionais possui uma visão abrangente de neoconstitucionalismo, ao afirmar que seus defensores formam uma ampla gama de pessoas com orientações jusfilosóficas absolutamente

- 1 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.
- 2 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2015. No texto, o autor afirma, categoricamente, que a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, as discussões sobre a força normativa da Constituição ganharam evidência.
- 3 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015. A expressão é utilizada pelos autores para na busca de definir traços do Pós-positivismo, que seria o substrato filosófico que embasaria o neoconstitucionalismo.
- 4 CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 10.
- 5 GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56-60.

distintas: há positivistas e jusnaturalistas; defensores de métodos para aplicação do direito e aqueles que desprezam o emprego de metodologia na hermenêutica jurídica; adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.<sup>6</sup>

Há, também, quem defenda o neoconstitucionalismo como uma teoria concorrente ao positivismo jurídico, onde se chega a traçar um paralelo das lições de Norberto Bobbio<sup>7</sup> quanto à categorização do neoconstitucionalismo em teórico, metodológico e ideológico.<sup>8</sup>

Essa diversidade de ideias ensejaria a necessidade de delimitação da concepção utilizada neste trabalho para o neoconstitucionalismo. Optou-se por não realizar tal atividade, já que não destinado a isso. Ao invés de exercer uma tentativa de definir o que seria o neoconstitucionalismo, preferiu-se abordar alguns dos pontos presentes na obra de simpatizantes do paradigma para, depois disso, promover algumas reflexões sobre os efeitos do que foi proposto ou teorizado.

As críticas construídas neste trabalho foram formuladas tendo como foco a ideia de que os juízes não são os únicos seres que trabalham com a interpretação do direito.<sup>9</sup> Essa atividade, seguramente, é desenvolvida pelos membros da sociedade, seja para realização de negócios jurídicos, seja para adoção de algum tipo de comportamento que lhe assegure não gerar consequências indesejadas.

Com efeito, as pessoas envolvidas em compra e venda, contratos de locação residencial e comercial, abertura de conta-corrente, concessão de mútuo, contrato de trabalho, pagamento de tributos, uso da propriedade privada, e em muitas outras atividades do cotidiano dos cidadãos brasileiros, levam em consideração as normas que regem o Estado brasileiro, muitas vezes mediante atividade de consultoria realizadas junto a operadores do direito.

---

6 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

7 Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi et alli. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223-229.

8 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 83.

9 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

Além disso, não se pode esquecer dos outros profissionais do direito. Os membros do Ministério Público, por exemplo, atuam na confecção de termos de ajustamento de conduta nos quais estabelecem que o ato perpetrado por pessoas físicas ou jurídicas não se adequam ao ordenamento jurídico e editam obrigações aos infratores com o intuito de adequar suas condutas ao Direito.

A própria Administração Pública é uma intérprete do direito por excelência. Com efeito, ainda hoje é estabelecido ao Poder Executivo a obrigação de seguir os estritos termos da lei, em decorrência do princípio da legalidade contido no artigo 37 da Constituição Federal.<sup>10</sup> Qualquer ato administrativo deve ter um substrato legal que lhe dê suporte e isso nada mais é do que uma verificação de subsunção do ato à norma existente.

Muitas vezes, os próprios agentes da Administração Pública registram dúvidas na interpretação do direito de forma a indicar se determinada política pública pode ser executada em específica maneira. Nesse momento, buscam socorro junto ao órgão de assessoramento jurídico: a Advocacia-Geral da União<sup>11</sup> e as procuradorias dos Estados<sup>12</sup> e Municípios<sup>13</sup> cujos membros, assim como juízes, possuem formação em Direito. Todas essas figuras sentem a presença do direito no seu dia-a-dia e é pensando nesses comportamentos que as críticas aqui são formuladas.

Ressalte-se, por exemplo, que o titular da Advocacia-Geral da União, cujos critérios de escolha são idênticos aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – reputação ilibada e notável saber jurídico, além da idade mínima de trinta e cinco anos –, possui a atribuição para fixar a interpretação jurídica a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.<sup>14</sup>

---

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19-20; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65; dentre vários outros autores.

11 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 131. Brasília: 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

12 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 132. Brasília: 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

13 Observa-se que nem todos os municípios possuem procuradorias organizadas em carreira. Nessas hipóteses, o assessoramento jurídico é realizado por escritórios de advocacia de natureza privada.

14 BRASIL. *Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993*. artigo 4º, inciso X. Brasília: 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

Além disso, o neoconstitucionalismo aponta um protagonismo a ser exercido pelo Poder Judiciário na formação de políticas públicas, em detrimento da atividade desempenhada pelo Poder Executivo. O presente texto faz uma abordagem do tema, na tentativa de fornecer alguns elementos para trazer à reflexão o leitor sobre a viabilidade de tal protagonismo.

O método escolhido para tratar do tema é singelo. A opção é apresentar as características e ideias desenvolvidas em obras de autores considerados neoconstitucionalistas.

Em sequência, são analisados alguns dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça com o intuito de verificar a sua adequação à tese de papel principal do Judiciário.

Com isso, espera-se contribuir para o debate sobre o tema que, embora já exista no Brasil há mais de doze anos, não se consolidou como um novo paradigma do Direito, ao menos na forma como descrita por Kuhn.<sup>15</sup>

## I UM MODELO CONSTITUCIONAL ALTERNATIVO

Luis Prieto Sanchís aborda dois significados para a denominação neoconstitucionalismo. O primeiro se refere a um modelo de Estado de Direito; o segundo, a uma teoria de direito.<sup>16</sup>

O Estado Constitucional de Direito, em sua visão, pode-se configurar historicamente, em dois modelos distintos. O primeiro deles prestigia as regras do jogo da competência social e política, com garantias mínimas que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e como agentes políticos para que desenvolvam livremente o seu plano de vida pessoal e adotem as decisões coletivas pertinentes a cada momento histórico.<sup>17</sup>

Esse modelo se aproxima muito do constitucionalismo norte-americano em que se assegura a supremacia da Constituição e, em consequência, a possibilidade de controle jurisdicional de seus termos em face dos outros poderes. No entanto, o conteúdo do texto constitucional

---

15 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

16 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 201.

17 *Ibid.*, p. 202-203.

possui inspiração liberal, de forma que são previstas poucas ou nenhuma política social a cargo do Estado.

Um segundo modelo de Estado de Direito tem a Constituição como a corporificação de um projeto político de transformação social e política. Assim, a carta política não tem função unicamente limitativa de poder ou de disciplinamento das regras do jogo, mas representa uma participação diretamente deste jogo, condicionando as futuras decisões coletivas dos agentes políticos. Nessa perspectiva, o Poder Legislativo assume um papel protagonista em determinar a vontade popular na definição de políticas públicas dentro da moldura prevista no corpo constitucional, modelo sobre o qual havia dificuldade de assegurar a força normativa do texto constitucional frente aos poderes constituídos.<sup>18</sup>

Nesse ponto, indica-se o constitucionalismo desenvolvido na Alemanha e na Itália ocorrido após a Segunda Guerra Mundial como marco histórico para o surgimento desta nova interpretação constitucional. A Constituição era tida como um documento essencialmente político<sup>19</sup>, com conteúdo dependente de necessária complementação legislativa. Mas se apercebeu que atribuir unicamente ao Parlamento a responsabilidade de afirmar o significado do texto constitucional não seria suficiente para garantir proteção aos direitos fundamentais.<sup>2021</sup> Por isso, fez-se necessário criar uma alforria da produção legislativa para concretização do texto constitucional.

Nessa toada, o neoconstitucionalismo surgiria como um modelo de Estado de Direito híbrido que contemplaria uma junção de duas qualidades dos arranjos anteriormente mencionados: o reconhecimento da força normativa da Constituição, cujos termos deveriam ser assegurados pelo Poder Judiciário; e a participação do próprio texto constitucional como

18 SANCHÍS, op. cit., p. 203.

19 BARROSO, op. cit., p. 7.

20 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

21 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015. Utiliza-se como exemplo dessa carência de proteção dos direitos fundamentais, as barbáries ocorridas na Alemanha nazista e na Itália fascista.

condicionante para realização das atividades estatais na forma como interpretado pelas Cortes.<sup>22</sup>

Assim, nesse modelo de Estado de Direito neoconstitucional, a construção das políticas públicas disciplinadas no texto constitucional poderia ser realizada independentemente da intermediação do Poder Legislativo, mas decorrente direta e imediatamente da Constituição.<sup>23</sup> Note-se que neste modelo já há sinalização não somente de uma participação efetiva do Poder Judiciário na construção de políticas públicas, mas um papel central, já que portador da última palavra sobre o caminho a ser trilhado pelo Estado.

## II A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O PROBLEMA DE SUA INTERPRETAÇÃO

A força normativa da Constituição decorre do princípio da supremacia da Constituição, donde o texto maior está situado em posição hierarquicamente superior aos demais corpos normativos.<sup>24</sup> Por esse motivo, hoje se trabalha com uma nova premissa, a de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância há de deflagrar mecanismos de coação e cumprimento forçado de suas disposições.<sup>25</sup>

Diante dessas considerações é fácil perceber que a força normativa da Constituição, por si só, não deixa espaço para críticas. Afinal, defender a ausência de obrigatoriedade do cumprimento do texto constitucional, onde constam os caminhos que o Estado deve transitar, seria um contra-senso. Não se vislumbra possível sustentar a falta de imperatividade da Constituição sem que se indague qual seria o outro propósito da carta.

O problema é aquilo que decorre desse reconhecimento: a necessidade de interpretar o texto constitucional, recheado de expressões vagas e de alta carga axiológica e com dispositivos muitas vezes contraditórios entre si.

Barroso e Barcellos afirmam que a Constituição passa a ser vista como um sistema de princípios e regras de caráter aberto e, portanto, sujeita

---

<sup>22</sup> SANCHÍS, op. cit., p. 204.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

a aderência de valores jurídicos no qual a ideia de justiça e de realização dos direitos fundamentais ganham relevância.<sup>26</sup>

As regras, de baixo teor valorativo e próprias do método subsuntivo, desempenhariam um papel referente à segurança jurídica, aqui entendida como previsibilidade e objetividade das condutas, enquanto os princípios têm por substrato a realização de justiça.<sup>27</sup>

Afirma-se que os princípios contêm um espaço de indeterminação que enseja a possibilidade fixação de seu conteúdo, sempre no caso concreto, de acordo com a concepção ideológica ou filosófica do intérprete.<sup>28</sup> Dessa forma, a conclusão alcançada por uma interpretação de um princípio envolve avaliações de caráter subjetivo e que, por isso, o resultado poderá variar em função de circunstâncias pessoais do intérprete e de “outras tantas influências”<sup>29</sup>, desde que não relacionadas à metafísica. Essa circunstância, inclusive, abre espaço para renovação do pleito de utilização da moral como fundamento para tomada de determinadas decisões judiciais. Na verdade, caberia ao intérprete desempenhar um papel criativo na concretização do direito.<sup>3031</sup>

E aqui reside, talvez, o ponto chave da teoria neoconstitucionalista e campo mais fértil para semear críticas: o subjetivismo na interpretação de princípios constitucionais e a plasticidade mágica do conteúdo desse tipo de disposição.

A corrente neoconstitucionalista não é clara quanto à forma como devem ser aplicados os valores incorporados pelas normas constitucionais. Assim, em razão da vagueza da norma e da sua indeterminação, há espaço para leituras jurídicas extremamente diversificadas.<sup>32</sup>

Nesse ponto, comenta-se que há tendência atual de utilização de princípios constitucionais de conteúdo vago com fundamentação superficial nas decisões judiciais, o que não se coaduna com o Estado

---

26 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

27 Ibidem.

28 ibidem.

29 Ibidem.

30 Ibidem.

31 SARMENTO, op. cit., p. 15.

32 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

Democrático de Direito<sup>33</sup> e abre espaço para o arbítrio institucional e para a insegurança jurídica.<sup>34</sup>

O exemplo corriqueiro que se vê na prática jurisprudencial é a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem sido utilizado para conferir imponência ao decisionismo judicial.<sup>35</sup> Não se defende aqui o desrespeito a este postulado constitucional. O problema é que determinadas decisões promovem uma ampla engenharia jurídica para tangenciar o princípio em referência.

No entanto, pode-se argumentar que a preocupação da existência de preceitos que demandam uma anexação de axioma ao seu conteúdo não é novidade. É possível identificar vários preceitos infraconstitucionais com essas características. De fato, é possível verificar dispositivos legais que contêm conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo. Alguns tipos penais, também, fazem uso dessa técnica, como as hipóteses que demandam interpretação analógica, a exemplo do homicídio qualificado por emprego de meio cruel ou insidioso.<sup>36</sup> A sociedade brasileira e os operadores do direito convivem já há muito tempo com esse tipo de norma.

No entanto, o construtivismo de significados dos princípios aliados ao caráter hierarquicamente superior das normas constitucionais possibilitam o afastamento de qualquer norma promulgada pelo Congresso Nacional e que servem de norte para as condutas dos membros da sociedade e de outros operadores do direito, assim como a própria Administração Pública. Aqui está a insegurança jurídica.

Somam-se a isso outras características defendidas pelo neoconstitucionalismo: o caráter extremamente analítico da Constituição e, em decorrência disso, a existência corriqueira de conflitos entre princípios constitucionais e a chamada “constitucionalização do direito”.

---

33 GALVÃO, op. cit., p. 292-305.

34 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

35 Ibidem. Acesso em: 22 fev. 2015.

36 BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Art. 121, § 2º, III. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

### III A CONSTITUIÇÃO PLURALISTA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O neoconstitucionalismo tem como pressuposto a existência de uma pluralidade de valores e postulados distintos e tendencialmente contraditórios.<sup>37</sup> A defendida onipresença da Constituição Federal pressupõe, assim, um texto constitucional repleto de valores, princípios e direitos fundamentais de forma que é quase impossível que nos litígios minimamente relevantes não haja um princípio ou valor que oriente em situações distintas a solução jurídica.

É a existência de princípios de conteúdos vagos e de forte carga axiológica que estabeleceu condições que ensejaram a denominada constitucionalização do direito, entendida como uma releitura de todo o ordenamento jurídico sob uma ótica referencial dos valores constitucionais.<sup>38</sup>

Reconhece-se, com isso, que em cada preceito legal há uma norma constitucional que o confirma ou que o contradiz. Nesse sentido, o texto constitucional se irradiaria em todo o corpo normativo, de forma que o Direito Constitucional assume o protagonismo na interpretação do direito e a lei deixa de ser referência para a solução dos casos.<sup>39</sup> Meciona-se, inclusive, que o princípio de presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público fica esvaziado em razão da pluralidade de normas que estão contidas na Constituição brasileira, de caráter absolutamente analítico.<sup>40</sup>

Nesse sentido, percebe-se que é possível alcançar a solução para todos os tipos de litígio por meio do texto constitucional, e que a interpretação de seus termos cabe, em última palavra, aos juízes. Daí a conclusão de que uma característica do neoconstitucionalismo seria a onipotência judicial, em detrimento das decisões formuladas pelo Poder Legislativo. Assim, a solução trazida pela lei para os conflitos existentes na sociedade não seria uma resposta completa, pois dependeria sempre de uma avaliação de sua conformidade com a Constituição.<sup>41</sup> É um verdadeiro totalitarismo constitucional.

37 SANCHÍS, op. cit., p. 209-210.

38 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

39 SANCHÍS, op. cit., p. 208-209.

40 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

41 SANCHÍS, op. cit., p. 208.

É reportada, inclusive, a possibilidade de constitucionalidade de uma regra em abstrato mas que, para determinadas situações concretas, a sua aplicação poderá gerar uma inconstitucionalidade por contrariar o fim desejado por um princípio da Carta Política.<sup>42</sup>

#### **IV O DESPREZO ÀS REGRAS E À LEI: O DIREITO QUE NÃO REGE A CONDUTA HUMANA**

A ótica neoconstitucionalista inspira os operadores do Direito a adotar princípios em decisões, mesmo não havendo necessidade, com a finalidade de excepcionar ou tirar o peso de uma regra legal que claramente disciplina o caso. Os mais utilizados para esse propósito são o princípio da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade, cujo significado e efeito alternam entre análise entre meio e fim e senso de justiça.<sup>43</sup>

De acordo com esse modelo, em síntese, toda e qualquer decisão judicial pode ser proferida por meio de utilização de princípios constitucionais – muitos deles de caráter implícito – cujo conteúdo depende de preenchimento subjetivo e valorativo do julgador – especialmente quanto ao senso de justiça e razoabilidade –, afastando-se qualquer necessidade de declaração de inconstitucionalidade de lei. Mais. Devido às prerrogativas inerentes à magistratura, a utilização dos valores por parte dos juízes faz parte do livre convencimento motivado e não se sujeita a qualquer controle, por mais atroz que seja. Portanto, e para fechar tudo, eventual recurso a tribunais superiores pressupõe uma re-análise do caso que comportará outra decisão com outros valores próprios dos novos julgadores.

O impacto disso na sociedade é flagrante. A vagueza do significado dos princípios e a utilização plástica de seus termos impossibilitam a determinação *ex ante* do direito, de forma que as pessoas não possuem conhecimento das consequências de seus atos.<sup>44</sup>

A título ilustrativo, imagine-se duas pessoas naturais formulando um instrumento particular para celebrar contrato de locação residencial. A Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, responsável por reger esse tipo de avença, segundo os postulados neoconstitucionalistas, somente

42 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

43 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

44 COMANDUCCI, op. cit., p. 90.

disciplinará o contrato naquilo que se harmonizar com os princípios constitucionais, ainda assim, verificados em caso concreto depois de eventual litígio. Se a lei possui essa fragilidade, os termos contratuais se resumiriam a uma simples formalidade, já que, em caso de litígio, teriam influência diminuta – ou nenhuma – na decisão judicial.

A irradiação dos princípios constitucionais na esfera dos direitos privados – vale dizer, nas disposições contratuais civis e comerciais, no direito da personalidade, etc. – apresenta risco de uma interferência nas escolhas pessoais da população mediante a imposição de determinados comportamentos às pessoas, em detrimento da liberdade, que, como visto, pode ser ponderada em face de outros princípios, como a dignidade da pessoa humana.<sup>45</sup>

Pode-se imaginar, o Ministério Público, no exercício da tutela de menores, poderia questionar o castigo de não poder brincar com os amigos aplicado a uma criança, sob o pálio da razoabilidade entre os meios e os fins a serem atingidos e ser acatado pelo juiz, extirpando esse juízo dos próprios pais da criança.

No âmbito da Administração Pública, o neoconstitucionalismo permite uma ingerência quase absoluta do Poder Judiciário na seara de escolha discricionária do gestor. O princípio da proporcionalidade, inspirado na ideia norte-americana do devido processo legal substantivo e na justiça, permite ao judiciário promover o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e serve de parâmetro para que se determine a forma como a norma deve ser interpretada para atingimento de sua finalidade, em uma análise intrínseca da própria norma ou considerada como um sistema normativo,<sup>46</sup> ou ainda que se tenha de contrariá-la. Além disso, conforme afirmado acima, a proporcionalidade, assim como a razoabilidade, tem sido utilizada como um juízo de justiça nos casos concretos.

Na prática, questões como a forma de resolver o problema da seca na Região Nordeste, a forma de gerar energia e, até mesmo, os rumos da política econômica, ainda que não vulnerasse claramente qualquer direito fundamental, estariam sujeitos a decisões judiciais para que tomassem outro rumo com base unicamente em princípios constitucionais, ainda que implícitos.

---

45 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

46 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

Talvez preocupada com essa questão, parte da doutrina neoconstitucionalista defende a ideia de que o novo paradigma não importa em abandonar o método de subsunção próprio das regras e, menos ainda, em colocar no esquecimento as técnicas tradicionais de interpretação. Inclusive, é lembrado, nesse ponto, que há muitas normas do texto maior, especialmente as da Constituição brasileira, que não demandam um esforço interpretativo, já que dotadas de baixo teor valorativo.<sup>47</sup>

Nesse aspecto, defende-se a importância da utilização das regras por vários motivos: previsibilidade; segurança jurídica; não exige uma reflexão complexa como a ponderação, o que enseja celeridade do processo decisório; e foram editas pelo Poder Legislativo, donde se extrai a legitimidade democrática de seu conteúdo. É defendida, portanto, a concepção do pêndulo no direito brasileiro.<sup>48</sup>

A tentativa, ao que se vê, é de freiar o decisionismo que poderá assolar o judiciário brasileiro – se já não assola – sob a justificativa de adequação à nova interpretação constitucional.

## V A COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Além disso, há inúmeros casos – se não todos – em que a lide comporta a denominada colisão de princípios constitucionais de forma a desafiar a técnica de ponderação. Nesse sentido, chega-se mesmo a conjecturar a inexistência de uma norma substantiva da Constituição que não encontre contradição em outras normas que possam levar a uma solução que lhe é contrária.<sup>49</sup> Além disso, é afirmado que não haveria qualquer despropósito na existência das antinomias tendo em vista que os conflitos dar-se-iam entre princípios e não entre regras, distinção extraída das lições de Ronald Dworkin.<sup>50,51</sup> Em uma ordem pluralista – como é o caso da brasileira – a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema normativo constitucional.<sup>52</sup>

47 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

48 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

49 SANCHÍS, op. cit., p. 209-210.

50 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

51 Evitou-se discorrer acerca da problemática distinção entre princípios e regras, discussão que não caberia neste trabalho. Sobre o assunto, confira-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

52 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

No que se refere à solução dos conflitos constitucionais, os adeptos do neoconstitucionalismo promovem uma ampla defesa do uso da técnica de ponderação de valores em detrimento de utilização da técnica de subsunção próprio das regras. Afirma que a ponderação é fundamental porque não se pode entender por inválida a norma prevista em princípio constitucional em face de outro princípio de forma permanente, mas que a medida ou grau de cumprimento dos princípios em conflito depende de circunstâncias do caso concreto. Havendo alteração dos fatos que ensejam o conflito principiológico, a solução poderá ser outra.<sup>53</sup>

Afirma-se, ainda, a inaplicabilidade do método tradicional da subsunção para a solução desse conflito, pois aquela técnica interpretativa importaria num sistema de tudo ou nada - ou se aplica uma norma ou a outra. Os princípios, nesse ponto, não podem se sujeitar a uma anulação total de efeitos no que recomenda a adoção do método de ponderação em que haveria uma gradação dos princípios em conflito.<sup>54</sup>

De acordo com o princípio instrumental da unidade da Constituição, não se pode simplesmente descartar um princípio constitucional em virtude de aplicação de um outro.<sup>55</sup> Segundo este princípio, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, motivo pelo qual caberia ao intérprete alcançar a maior harmonização possível dos princípios colidentes.<sup>56</sup>

A ponderação, nesse sentido, seria uma necessidade do sistema constitucional em que se prega a força normativa do texto constitucional e não, simplesmente, uma opção filosófica ou ideológica.<sup>57</sup>

No entanto, reconhece-se que a estrutura interna do raciocínio ponderativo, ou seja, a parte objetiva da técnica interpretativa, ainda não é bem desenvolvida, embora esteja sempre associada a noção difusa de balanceamento e sopesamento de interesses e valores.<sup>58</sup>

---

53 SANCHÍS, op. cit., p. 211-227.

54 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

55 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

56 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

57 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

58 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

Ou seja, o neoconstitucionalismo, além incentivar decisões com fundamento em princípios que dependem de conteúdo axiológico em detrimento das leis, informa que na grande maioria das lides – se não em todas – há necessidade de utilização da técnica de ponderação haja vista a existência de princípios que, em leitura individual, trariam soluções diferentes para o caso.

A técnica de ponderação não é algo bem definido. Embora esteja em desenvolvimento teorias da argumentação com o intuito de trazer critérios racionais mais objetivos para modelar a gradação dos princípios colidentes na solução do caso, o fato é que, no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão mínimo de objetividade, o que cede espaço para a ampla discricionariedade judicial. De fato, a ideia de justiça que está associada à técnica de ponderação sujeita-se a um uso indevido e não é solução para todas as situações e que, no extremo, o modelo hermenêutico pode se prestar a voluntarismos e soluções não inspiradas.<sup>59</sup>

## VI DEMANDA POR UMA NOVA TEORIA DO DIREITO

Sempre se menciona a dificuldade do positivismo jurídico em enfrentar uma solução para os denominados *hard cases* como uma justificativa de superação do modelo. Afirma-se que a descrença no fato de que as normas jurídicas possuam um sentido único para todas as situações em que incidem, um dos dogmas do positivismo jurídico, afasta a ideia de que o intérprete caberia apenas revelar o direito já pré-concebido, para atribuí-lo um papel criativo na concretização do direito.<sup>60</sup>

Sanchís, inclusive, é bastante claro ao estabelecer que não seria suficiente a adaptação da teoria positivista, mas uma completa reformulação da teoria do direito.<sup>61</sup> Por esse motivo, entende que a mudança operada pelo novo constitucionalismo demanda um novo substrato teórico e, por esse motivo, uma profunda revisão na teoria das fontes do direito, menos estatal e legalista.<sup>62</sup>

---

59 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

60 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

61 SANCHÍS, op. cit., p. 207.

62 Ibidem, p. 211.

## VII O PSEUDO-PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

As concepções majoritárias do princípio democrático cedem espaço para uma ideia de democracia substantiva, onde os atos do Poder Legislativo perdem importância sob o argumento de proteção aos direitos individuais e às minorias, capitaneadas por juízes que não foram eleitos.<sup>63</sup>

O juiz é considerado o guardião das promessas de civilidade contidas no texto constitucional, é o grande protagonista da teoria neoconstitucionalista, em desconsideração ao Poder Legislativo.<sup>64</sup> Atualmente, é quase impossível que uma questão seja resolvida no âmbito parlamentar sem que haja uma busca da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal pelo grupo político perdedor.<sup>65</sup>

Essa visão de Estado é realmente cativante. De fato, a Constituição Federal brasileira é um documento em que há um sem-número de direitos concedidos àqueles que estão em seu território.<sup>66</sup> Estabelecer o Poder Judiciário como protagonista na concretização desses direitos é algo realmente louvável.

A ideia que se difunde do juiz, no entanto, não é compatível com algumas deficiências que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta. Pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que dificultaria a utilização de técnicas objetivas de ponderação – como a argumentação – para produção de decisões, e a falta de expertise nas áreas de conteúdo eminentemente técnico para tomar decisões que promovam eficientemente os princípios constitucionais em jogo.

No campo das concretização das políticas públicas é ainda mais romântico vislumbrar que Poder Judiciário realmente consiga êxito no papel de promover uma verdadeira revolução.

---

63 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

64 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

65 *Ibidem*. Acesso em: 22 fev. 2015.

66 Não são somente os cidadãos brasileiros os beneficiados com os direitos previstos no texto constitucional. O próprio artigo 5º da Carta expressamente menciona os estrangeiros residentes no país como destinatários das garantias ali previstas. Com efeito, a Constituição da República brasileira restringe somente alguns poucos direitos aos estrangeiros que estejam em território nacional, como é o caso do direito ao alistamento eleitoral, vedado pelo artigo 14, § 2º, da Carta.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ<sup>67</sup>, existiam 16.440 juízes em atividade no Brasil. Dentre eles 11.361 integram a magistratura estadual; 3.371 compõem a Justiça do Trabalho; 1.549 são magistrados federais; 39 fazem parte da Justiça Militar estadual; 32 são juízes da Auditoria Militar da União; 77 compõe o quadro de ministros dos Tribunais Superiores; e 11 o número de cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Uma boa parte desses magistrados se ocupa de lides envolvendo interesses absolutamente privados, como é o caso de execução de obrigações, separação, divórcio, ações possessórias, anulação de deliberações sociais, etc. Além disso, há um elevado número de magistrados que atuam exclusivamente com causas de natureza penal.

O CNJ afirma que, do total de ações de conhecimento, aproximadamente 19% dos processos pendentes no Poder Judiciário tratam de matéria criminal; além disso, os processos de execução fiscal, que em muitas comarcas possuem juízos especializados, representam em torno de 45% dos processos pendentes.<sup>68</sup>

Esses dados revelam que uma boa parte da força de trabalho desenvolvida pelos magistrados não enseja a concretização de políticas públicas, especialmente as de cunho social, mas trazem solução para lides que não ultrapassam a seara subjetiva das partes.<sup>69</sup>

A grande maioria das incontáveis atividades voltadas consecução de políticas públicas contidas na Carta Constitucional brasileira é exercida pelo Poder Executivo com sua imensa estrutura burocrática. Somente na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão divulgou a existência de 757.158 cargos públicos, 113.869 cargos em comissão e 20.922 contratados em regime temporário que a União conta para exercer o seu mister constitucional.<sup>70</sup> A maior parte desse capital

67 Cf. BRASIL. *Justiça em números 2014*: ano-base 2013. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2014, p. 33.

68 BRASIL, op. cit., p. 36. Os cálculos do percentual foram produzidos pelo próprio autor.

69 É óbvio que imposição de pena criminal e cumprimento da prestação das obrigações fiscais podem, se considerado o somatório de manifestações judiciais de um País, concretizar a política de segurança pública ou financeira do Estado respectivamente. Mas não foi essa a intenção de Luis Prieto Sanchís que pressupôs a intervenção do judiciário como uma alternativa ao Poder Legislativo, seja para contrariá-lo, seja para suprir sua omissão.

70 Cf. BRASIL. *Portaria n. 156, de 21 de julho de 2014*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Publicada no Diário Oficial da União de 25 de julho de 2014, Seção 1, p. 100-104.

humano está voltado para a execução de políticas públicas, ao contrário do que se viu com os magistrados.

Também não se pode esquecer, conforme lembrado por Hamilton, que as cortes não possuem forma de executar suas próprias decisões, dependendo, para tanto, das armas disponíveis ao Poder Executivo e do dinheiro controlado pelo Legislativo.<sup>71</sup>

Por isso, o neoconstitucionalismo tem pecado por excesso, por atribuir ao Judiciário expectativas que ele não tem como concretizar satisfatoriamente.<sup>72</sup>

Ademais, a falta de concretização das políticas públicas, notadamente as sociais, não parecem ocorrer por falta de vontade da estrutura burocrática do Poder Executivo ou dos governantes, mas sim por falta de conhecimentos relacionados à área de atuação ou, principalmente, por ausência de condições materiais para tanto.

Um exemplo disso é a questão do fornecimento de medicamentos e de atendimento de pessoas no âmbito do Sistema Único de Saúde, que é constantemente objeto de demandas judiciais, onde, individualmente, os pleiteantes normalmente conseguem, por meio da prestação jurisdicional, o atendimento que lhe é necessário. Mas em ações coletivas, onde o problema central deveria ser solucionado, não se consegue trazer eficácia à decisão judicial nem mesmo quando existe a ameaça de bloqueio de bens, pagamento de multa ou de prisão para os agentes públicos.

Deve-se relembrar, também, que o Poder Judiciário não é o único interprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.<sup>73</sup>

71 HAMILTON, Alexander. *The Federalist n. 78*: The judiciary department. The Democracy Sourcebook. Robert A. Dahl et alli (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003. p. 201.

72 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

73 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte*: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

Por fim, vale lembrar que a reputação do Poder Judiciário para exercer a função criativa do Direito com imparcialidade e justiça vem, a cada dia, sendo denegrida. Episódios envolvendo prisões absolutamente arbitrárias em aeroportos<sup>74</sup>, apropriação de bens constrictos por magistrados<sup>75</sup>, e a instituição de auxílio-moradia para juízes proprietários de imóveis residenciais na localidade onde exercem o labor<sup>76</sup> mancham a imagem quase santificada dos magistrados.

É claro que se pode argumentar que são casos isolados e que não reproduzem o padrão de comportamento da grande maioria. Isso é certo. Mas também é correto afirmar que os agentes públicos corruptos também não representam a imensa gama de servidores que exercem seu labor no Poder Executivo.

Ademais, no Brasil, os magistrados praticamente não podem sofrer responsabilidade funcional por decisões proferidas em demandas judiciais, por mais aberrantes que sejam. Os servidores do Poder Executivo, no entanto, constantemente estão sendo questionados por seus atos administrativos, por mais escorreitos que sejam.

Asensi, nessa linha, promove uma crítica à judicialização da política, especificamente no que diz respeito ao papel central do Poder Judiciário na consecução de políticas públicas e realização de direitos sociais. Indica, o referido autor, três limitações à concepção de que o Poder Judiciário desempenha uma função de organizador dos direitos, próprio da concepção pós-positivista e dos entusiastas do ativismo. São elas: (i) o modelo adversarial da dinâmica judicial, especialmente quando associada ao princípio da inércia da jurisdição; (ii) a ênfase no momento de aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos

---

74 MILHOMEM, Alan; SOUSA, Jefferson. *Funcionários da TAM são conduzidos por determinação de juiz*.

Disponível em: <<http://imirante.globo.com/imperatriz/noticias/2014/12/07/funcionarios-da-tam-sao-conduzidos-por-determinacao-de-juiz.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

75 DURÃO, Mariana; AMORIM, Daniela. Juiz do caso Eike usa Porsche do empresário, diz advogado. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-do-caso-eike-usa-porsche-do-empresario-diz-advogado,1638816>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Ordinária n. 1773*. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux. Brasília: 15 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 17 de setembro de 2014.

e vigentes no âmbito societário; (iii) a sub-valorização metodológica de teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais.<sup>77</sup>

Ao explicar cada uma das limitações apontadas, o autor faz uma distinção entre a judicialização e a “juridicização”. Este último termo estaria associado à resolução de conflitos por meios extrajudiciais, mas dentro de um consenso obtido por meio do diálogo e de uma participação efetiva da sociedade civil.<sup>78</sup>

Nesse sentido, enfatiza o pouco destaque que os defensores do ativismo têm conferido à formação de consenso na solução de conflitos. Além disso, a inércia do Judiciário evidencia a participação fundamental de atores extrajudiciais na provocação do judiciário para solucionar questões.<sup>79</sup>

Destaca que há construção de interpretações sobre o Direito vigente que não se remetem à interpretação judicial. As questões jurídicas não são questões desvinculadas da sociedade e estão relacionadas ao contexto social. A decisão judicial, portanto, é apenas um dos múltiplos meios existentes para efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Nesse sentido, sub-valorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica num “reduccionismo analítico”.<sup>80</sup>

Asensi argumenta como exemplo a utilização de termos de ajustamento de conduta, mediante diálogo com os gestores, como forma de concretizar direitos sociais e implementar políticas públicas previstas na Carta Constitucional por meio de consenso e independentemente da participação do Poder Judiciário.<sup>81</sup>

Outras formas de obtenção de consenso também podem ser citadas. A realização de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal prevista no Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010, é outro componente importante na busca do

---

77 ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes et alli (org.). Salvador: Juspodivm, 2011. p. 214.

78 *Ibidem*, p. 219-220.

79 ASENSI, op. cit., p. 215.

80 *Ibidem*, p. 215.

81 *Ibidem*, p. 216-220.

consenso para a execução de políticas públicas que não é considerada ao se tratar de um suposto protagonismo do Poder Judiciário na execução de políticas públicas.

## VIII CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que ainda não teve um grau de desenvolvimento satisfatório e, talvez, nunca venha a tê-lo. É possível extrair dos vários autores citados neste trabalho que o pensamento neoconstitucionalista possui as seguintes características: força normativa dos princípios; valorização dos princípios na aplicação do direito; utilização de métodos mais abertos ao raciocínio jurídico; ponderação e teoria da argumentação; constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para outros ramos jurídicos; reaproximação entre o direito e a moral; e protagonismo do Poder Judiciário.

Todo esse novo modo de pensar surgiu como decorrência de um fator histórico – novos modelos de textos constitucionais com princípios e regras, fracasso do positivismo, etc. – e, ao que se vê, diante das críticas traçadas neste artigo e em várias outras obras dedicadas a isso, é que, ao menos por enquanto, o neoconstitucionalismo traz mais questionamentos do que soluções para o cotidiano de quem vive o Direito, aqui incluídos seus operadores e o leigo que leva em consideração as regras para tomada de decisões.

Os neoconstitucionalistas sempre abordam o tema dando ênfase ao Poder Judiciário. Por vezes, a tese defendida acarreta uma verdadeira cisão do Direito: existiria um ordenamento jurídico para determinada parcela da sociedade; e outro, aplicado pelo juiz, mediante atividade criativa pautada por valores pessoais segundo uma leitura de princípios implícitos e explícitos.

Como se percebeu, o Poder Judiciário não possui condições materiais e recursos humanos suficientes para liderar a execução de políticas públicas no Estado brasileiro. A ideia de protagonismo não é compatível com os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O fato, no entanto, é que muitos dos postulados do neoconstitucionalismo já adentraram na prática e no ensino jurídico, o que recomenda o aprofundamento do debate sobre o tema.

**REFERÊNCIAS**

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: *As novas faces do ativismo judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2015.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi *et alli*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Art. 121, § 2º, III. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Brasília: 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 156, de 21 de julho de 2014. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Publicada no *Diário Oficial da União de 25 de julho de 2014*, Seção 1, p. 100-104.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária n. 1773. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux. Brasília: 15 de setembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico de 17 de setembro de 2014*.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DURÃO, Mariana; AMORIM, Daniela. Juiz do caso Eike usa Porsche do empresário, diz advogado. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-do-caso-eike-usa-porsche-do-empresario-diz-advogado,1638816>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MILHOMEM, Alan; SOUSA, Jefferson. *Funcionários da TAM são conduzidos por determinação de juiz*. Disponível em: <<http://imirante.globo.com/imperatriz/noticias/2014/12/07/funcionarios-da-tam-sao-conduzidos-por-determinacao-de-juiz.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.