



# NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO EM OPOSIÇÃO OU TENSÃO PRODUTIVA?

*Amélia Sampaio Rossi\**  
*Danielle Anne Pamplona\*\**

## **Resumo**

Falar-se em neoconstitucionalismo significa perceber que a separação de poderes passa atualmente por uma nova readequação. O Direito hoje adquire uma forte carga axiológica por meio dos princípios constitucionais, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. Assim o neoconstitucionalismo é detentor de uma constitucionalidade necessariamente vinculada à moral. O efeito da irradiação dos princípios sobre o ordenamento jurídico elimina os espaços de discricionariedade e amplia a aplicabilidade do sistema jurídico. A teoria dos princípios remete necessariamente a uma teoria da argumentação jurídica prática. Assim, é possível observar-se também um deslocamento do protagonismo, sempre existente a cada época por parte de um dos poderes, para o Poder Judiciário, o que não quer significar que agora o juiz está alçado a um decisionismo arbitrário. Ao contrário, a sua atuação deverá pautar-se pelos marcos éticos e políticos que informam o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Os princípios estimulam novas formas de racionalidade jurídica e implicam uma racionalidade prática para sua aplicação na concretização dos direitos fundamentais, o que é tarefa e obrigação do Poder Judiciário como Guardião da Constituição e, consequentemente, dos direitos fundamentais.

## **Palavras-chave**

Neoconstitucionalismo. Constitucionalização do Direito. Ativismo Judicial. Constitucionalismo. Democracia.

## **Abstract**

To talk about neoconstitutionalism means realizing that the separation of powers is currently undergoing a new readjustment. The law now acquires a strong axiological load by constitutional principles, especially in the form of fundamental rights. Neoconstitutionalism holds a constitutionality necessarily tied to moral. The effect of the irradiation on the principles across the legal system eliminates the space for discretion and extends the applicability of the legal

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). *E-mail*: amiwww.com.br@uol.com.br

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Titular da Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). *E-mail*: danielle.pamplona@pucpr.br

system. The theory of principles necessarily refers to a theory of practical legal argument. Thus, it is also possible to observe a shift in the role, each time in history played by one of the branches, to the judiciary, which does not mean the judge would have arbitrary power. Rather this, his actions must be guided by ethical and political rules that inform the Constitutional and Democratic State of Law. The principles stimulate new forms of legal and practical rationality in order to realize fundamental rights, which is the task and duty of the judiciary branch as guardian of the Constitution and hence of fundamental rights.

### Keywords

Neoconstitutionalism. Law's Constitutionalization. Judicial Activism. Constitutionalism. Democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

A trajetória de centralidade das Constituições no sentido de ocuparem o locus mais importante da ordem jurídica se inicia ao fim da segunda Grande Guerra, especialmente em função da perplexidade diante da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana em função das atrocidades perpetradas naquele contexto. As Constituições começam a abrigar os valores e opções políticas da comunidade por meio dos princípios que paulatinamente ganharão o reconhecimento de seu caráter normativo. A função do Direito, principalmente, a função das Constituições, deixará de ser apenas a de estabelecer as regras do jogo político. O Direito aparecerá comprometido com o único fim que lhe justifica a existência. Para além da segurança jurídica, o Direito estará comprometido com a pretensão de realização de justiça ou de correção material. A dignidade da pessoa humana passa a ser o norte que conduz a criação e instrumentalização das Constituições. As fronteiras entre a moral e o Direito se tornam mais imprecisas em função da abertura do sistema introduzida por meio dos princípios constitucionais, a ponto de se perceber, não apenas uma relação contingencial, mas uma conexão necessária entre a moral e o direito. Assim, o neoconstitucionalismo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. As Constituições contemporâneas, para poderem ser melhor compreendidas e aplicadas, exigirão que se lance mão de raciocínios mais complexos e sofisticados que tomam em consideração esta relação necessária entre a moral e o direito. A Constituição constitui a própria comunidade de princípios e o fundamento do direito que a regula.

Conforme bem observa Luís Pietro Sanchís<sup>1</sup>, o neoconstitucionalismo pode ser considerado resultado da convergência de duas grandes tradições do constitucionalismo moderno, ou seja, a tradição americana e a tradição europeia. Para o autor, embora reconheça uma excessiva simplificação nas diferenças elencadas entre as tradições, a tradição norte-americana é aquela que entende a Constituição como determinante das regras do jogo político e

---

<sup>1</sup> SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005. p.125 e 126.

social, na garantia da autonomia individual e garantida ela mesma pelo Poder considerado o mais neutro de todos, o Poder Judiciário. O poder constituinte, neste contexto, implica a ideia de limitação de poder, especialmente do Legislativo, visto que fixa-lhe limites de atuação que não podem ser desrespeitados. Assim a Constituição determina basicamente quem manda e quais os limites do exercício deste poder. Já na tradição europeia a Constituição não é vista apenas como um mecanismo de garantia das regras do jogo político, mas antes como a encarnação de um projeto político bem articulado. A Constituição possui um caráter revolucionário e transformador que condiciona as futuras decisões coletivas a propósito da ação do Estado nas mais variadas esferas. Em outras palavras a Constituição determina o que deve ser mandado, ou seja, qual a orientação para a ação política.

A convergência destas duas tradições resulta, conforme já afirmado, em uma nova maneira de se perceber, compreender e querer o Direito, especialmente, o Direito Constitucional. O Direito Constitucional passa a ser encarado em uma perspectiva emancipatória e a Constituição como uma ferramenta de transformação social. O chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ou ainda constitucionalismo de direitos, promove a ressignificação de todo o sistema jurídico uma vez que a Constituição passa a ser vista como o centro de significado e importância de toda a ordem jurídica (fundamentalidade formal e material) ainda mais, tomando-se em consideração que no centro de significado e importância da própria Constituição se encontram os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de todas as gerações/dimensões dão o tom de compreensão do documento constitucional. Se no início do desenvolvimento do constitucionalismo, ainda de cunho liberal de fins do século XVIII, o papel dos textos constitucionais era primordialmente o de organização estatal agora passa a ser o de reconhecimento, defesa e concretização daqueles direitos.

A onipresença nas atuais Constituições de regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica, revitaliza a força normativa dos Textos Constitucionais e passa a exigir formas mais complexas de raciocínios jurídicos interpretativos. A hermenêutica se renova, para usar a expressão de Häberle, na sociedade aberta de interpretes da Constituição, mas muito embora o jogo democrático conte com a participação de todos na compreensão de um Documento que é essencialmente de todos e para todos, o grande protagonista desta ação tem sido o Poder Judiciário. Especialmente no caso brasileiro, em que a Constituição de 1988 nos introduz no constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário tem desempenhado importante papel no protagonismo e concretização deste desenvolvimento constitucional. Não obstante, é relevante destacar-se que os demais Poderes Executivo e Legislativo também são chamados a cumprir a função de interpretar e dar a melhor aplicação possível à Constituição. As especificidades de cada Estado, suas

necessidades e o grau de demanda real da população, serão alguns dos determinantes para o modo de concretização do constitucionalismo de direitos.

Concretamente, falar-se em neoconstitucionalismo no Brasil tem implicado em se perceber que a separação de poderes passa atualmente por uma nova readequação. A doutrina já relaciona o exercício do que se convencionou chamar de constitucionalismo liberal, de fins do século XVIII e início do século XIX, a um maior destaque do Poder legislativo em relação aos demais. Da mesma forma, sob a égide do constitucionalismo de cunho social, perceptível já ao fim da Primeira Grande Guerra, o poder de maior destaque foi o executivo eis que necessária sua atuação para a consecução de políticas públicas de reconstrução e redistribuição de bens. Pois bem, no Brasil — ainda que não tenha acompanhado tais movimentos no mesmo passo histórico que a Europa ou os Estados Unidos — identifica-se um maior protagonismo do Poder Judiciário que se vê às voltas com a necessidade de decidir situações que antes não eram objeto de judicialização. Alguns veem, aqui, o que se convencionou chamar de ativismo judicial.

O ativismo judicial implica o fato de que ao juiz cabe a tarefa primordial de racionalizar o sistema jurídico tomando-se como pauta os princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Constituição. O vácuo muitas vezes deixado pela inação dos demais Poderes Instituídos, no cumprimento das suas obrigações para a realização dos dispositivos e direitos constitucionais estabelecidos, faz com que o poder Judiciário tenha a obrigação de atuar efetivando concretamente direitos por meio de suas decisões, ainda que este Poder seja o único não legitimado democraticamente, visto que não se compõe de agentes escolhidos pelo voto popular. Não obstante seja o Judiciário um poder contramajoritário, a sua atuação na implementação e defesa de direitos não se contrapõe à democracia, muito menos aos espaços democráticos de escolha dos cidadãos, a menos que se confunda democracia com vontade da maioria. É certo que o Poder Judiciário represente uma força contramajoritária quando em face à possibilidade do arbítrio das majorias e, especialmente, em defesa dos direitos das minorias.

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo moderno nasce liberal e evolui ao longo do tempo, sofrendo alterações e acréscimos em relação ao próprio conceito de Constituição e sua estrutura. Essa evolução guarda, necessariamente, íntima relação com as mudanças de modelo de Estado. É possível afirmar que o moderno constitucionalismo liberal esteve atrelado a um contexto histórico, político, econômico e ideológico de desenvolvimento do modelo liberal de Estado e, por isso mesmo, reinava o papel ainda secundário desempenhado pela Constituição, entendida como Carta Política, diante do desenvolvimento central das grandes codificações do direito privado, o apego ao legalismo (a

consequente ascensão do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes instituídos) e o incipiente positivismo. A transformação do Modelo Liberal de Estado de Direito para um modelo de Estado Social de Direito, nas suas mais variadas vertentes, inclusive a socialista, traz mudanças também na compreensão do papel desempenhado pela Constituição. Esta passa a ter reconhecida uma normatividade superior em relação às demais leis, não apenas no tocante à forma, mas também em relação ao seu conteúdo. O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática. Isso nos mostra que o constitucionalismo contemporâneo faz adesão a determinados valores políticos que passam a orientá-lo.

O processo de constitucionalização que se vem observando ao longo do tempo (conforme se verá mais adiante), revela paulatinamente a face de uma Constituição que influi e impregna o horizonte de sentido e compreensão de todos os demais ramos do direito, melhor dizendo, da própria teoria do direito. O constitucionalismo contemporâneo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. Para melhor se entender as Constituições atuais, será preciso lançar mão de raciocínios que implicam e reconhecem as conexões necessárias entre a moral e o direito.

O termo neoconstitucionalismo aparece ainda cercado por imprecisões e incompreensões. Não há consenso doutrinário no sentido de reconhecer um aporte teórico único, mas os vários estudos que se desenvolvem na área já formulam o esboço de uma nova maneira de se aproximar, compreender, explicar e também querer o direito em uma perspectiva não positivista ou pós positivista.

O termo “neoconstitucionalismo” foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado “A especificidade da interpretação constitucional”. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamento de juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores e nem mesmo que todos se sintam abrigados sob o neoconstitucionalismo. Mas é certo que compartilham de algumas noções peculiares que pode uni-los em uma única corrente jusfilosófica. Pozzolo<sup>2</sup> elenca as características peculiares que os abrigariam em uma perspectiva comum. A primeira seria a prevalência dos princípios sobre as regras e a sua peculiar abertura e recorrência a valores, o que levaria a uma indicação clara aos juízes para tomá-los a sério

---

<sup>2</sup> POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v.21, n.2, p. 340-341, 1998.

na interpretação, argumentação e justificação das decisões judiciais, podendo inclusive, extrair diretamente deles a solução para determinadas controvérsias<sup>3</sup>. Consequentemente, a segunda característica seria a prevalência de raciocínios de ponderação sobre a subsunção. Os princípios, por sua abstratividade, carecem de interpretação mais complexa. Não se quer, com tal afirmação, implicar que as regras podem ser interpretadas sem cuidados, mas sim, quer-se reforçar a idéia de que os princípios carecem de cuidados quando de sua interpretação e aplicação, para evitar a crítica de que se deixa à vontade do intérprete o encontro de seu significado. É o modo de interpretar que deve ser objetivado<sup>4</sup>. Nessa mesma toada vai Dworkin para quem a decisão é um ato interpretativo. É no momento pós-interpretativo, que chama de justificação, quando há a construção do argumento moral. O momento de tomada de decisão é carregado de objetividade na medida em que revela uma conexão entre propósito e objeto. Mas não para identificar essa relação como uma escolha prévia do julgador em relação à solução que dará à causa, mas sim, para identificar a responsabilidade do julgador em relação à sua manifestação na decisão do caso concreto<sup>5</sup>.

A prevalência da Constituição frente a independência do legislador também é uma característica que implica a substancialização dos documentos constitucionais. A função das Constituições não é apenas estabelecer os limites e a organização dos poderes, mas determinar conteúdos materiais que se estabelecem como limite, inclusive, à ação do legislador. Neste sentido a presença dos princípios e a consequente constitucionalização de toda a ordem jurídica faz com que o juiz possua a tarefa de adequar continuamente a legislação às prescrições constitucionais. O juiz deixa de ser visto apenas na função de legislador negativo e assume a tarefa de racionalizar o sistema jurídico.

Perceba-se que a perspectiva em que Pozzolo trata a questão é em relação a um peculiar modelo constitucional, o modelo axiológico ou prescritivo de Constituição em que esta não se constitui apenas em uma norma de autorização e limite do direito infraconstitucional, mas especialmente em programa de ação e razão para atuar. O documento constitucional substancializado se constitui em uma ponte que permite a passagem ao discurso moral como o único que pode prover uma justificação à observância ou aplicação

---

<sup>3</sup> E aqui uma observação precisa ser feita. Estes autores não podem estar engessados em uma mesma corrente com características estanques pelo simples e primeiro fato de que estão a falar de sistemas jurídicos diferentes. Assim, a afirmação de que os juízes podem resolver casos concretos fundamentando-se em princípios tem extensões (além de técnicas) diferentes para Dworkin e Alexy.

<sup>4</sup> A possibilidade de alcançar esta objetivação e as maneiras para tanto estão em Virgílio Afonso da Silva, Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, em especial p. 367-371.

<sup>5</sup> Taking Rights Seriously, p. 208-220.

do direito.<sup>6</sup> O direito oferece razões para agir e para ser digno de respeito não basta que essas razões se apoiem apenas no comando da autoridade; tais razões exigem respeito porque apoiam o direito em uma pretensão de realização de justiça (podemos lembrar aqui o pensamento de Alexy quando entende da conexão necessária entre a moral e o direito em função da ideia de correção material) e de realização da dignidade da pessoa humana e porque expõem suas premissas teóricas e respeitam os precedentes.

### 3. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Falar acerca do neoconstitucionalismo implica necessariamente em reconhecer o fenômeno da chamada constitucionalização do ordenamento jurídico, promovido pelas Constituições contemporâneas. Nesta perspectiva se alude a uma Constituição que invade os mais variados espaços de regulação; espaços estes que se tornam cada vez mais refinados diante de uma sociedade que evolui em complexidade e multiplica exponencialmente os problemas por ela gerados. Espaços que passam a ser ocupados por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e as opções políticas fundamentais em normas jurídicas, num grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona.

O doutrinador italiano Riccardo Guastini<sup>7</sup> usa a expressão "constitucionalização do Ordenamento Jurídico" para se referir ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Para Guastini<sup>8</sup>, é possível observar graus de constitucionalização que projetam o quanto a ordem jurídica se encontra impregnada pela diretriz constitucional. Segundo o autor, existem condições de constitucionalização que, uma vez realizadas, nos apontam o grau (maior ou menor) de constitucionalização daquele ordenamento jurídico. Seriam sete condições que o ordenamento jurídico deveria satisfazer para ser considerado impregnado pelas normas constitucionais:

A primeira condição de constitucionalização é a existência, no ordenamento jurídico, de uma constituição escrita e rígida, que incorpora os direitos fundamentais e os protege, em virtude da diferença hierárquica entre leis constitucionais e infraconstitucionais. A segunda é a garantia jurisdicional da Constituição ou o controle da constitucionalidade das leis em relação à Constituição para assegurar a Supremacia Constitucional e, conseqüentemente, da

---

<sup>6</sup> POZZOLO, Suzanna. Neocostitucionalismo e positivismo giuridico. Torino: G. Giappichelli, 2001. p.36-39.

<sup>7</sup> GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" Del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell, Editorial Trotta. p. 50-58.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*.

supremacia dos direitos fundamentais. A terceira é a força vinculante da Constituição que expressa e reforça a normatividade dos dispositivos constitucionais. Toda e qualquer norma constitucional é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos, é a onipresença nas Constituições de princípios e regras jurídicas. A Constituição deixa, assim, de ser vista como um “manifesto político” repleto de meras recomendações aos operadores do Estado e do Direito. A quarta condição diz respeito à necessidade da Constituição de ser interpretada extensivamente, de tal maneira que dela possam ser extraídas também normas implícitas e idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, fechando-se, assim, espaço para a discricionariedade legislativa. A quinta condição respeita a aplicação direta das normas constitucionais e a consequente produção de seus efeitos, mesmo que programáticas<sup>9</sup> as normas e ainda que nas relações entre particulares. A sexta nos remete a interpretação das leis conforme a Constituição no sentido que a interpretação que se faz delas deve adequá-las aos dispositivos constitucionais. A sétima e última condição de constitucionalização é a influência da Constituição sobre as relações políticas.

A argumentação jurídica tende a tornar-se uma argumentação política e moral em função dos princípios visto que estes dão, especialmente aos tribunais constitucionais, a possibilidade de os juízes adentrarem a argumentação política e moral que subjaz nas normas jurídicas. Em outras palavras, as fronteiras entre o chamado discurso de justificação e discurso de aplicação se tornam cada vez mais tênues.<sup>10</sup>

Segundo Figueroa<sup>11</sup>, estas transformações demarcam a passagem para o “paradigma do Constitucionalismo”, próprio do Estado Constitucional de Direito no qual a mentalidade jurídica não se reconhece mais em termos do positivismo jurídico. Segundo o autor, com esta disposição à constitucionalização, o direito adquire uma forte carga axiológica por meio dos princípios constitucionais, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. Assim o neoconstitucionalismo é detentor de uma constitucionalidade necessariamente vinculada à moral. O efeito da irradiação dos princípios sobre o ordenamento jurídico elimina os espaços de discricionariedade e amplia a aplicabilidade do sistema jurídico. A teoria dos princípios remete necessariamente a uma teoria da argumentação jurídica prática<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Categoria de classificação normativa que deixa de ter sentido frente às mudanças do constitucionalismo contemporâneo.

<sup>10</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. [Anais eletrônicos] Disponível em: <[http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 27 Mar. 2013.

<sup>11</sup> FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005. p. 164.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 166.



É possível observar-se também um deslocamento do protagonismo, sempre existente a cada época por parte de um dos poderes, para o Poder Judiciário. O que não quer significar que agora o juiz está alçado a um decisionismo arbitrário. Ao contrário, a sua atuação deverá pautar-se pelos marcos éticos e políticos que informam o Estado Constitucional de Direito. Os princípios estimulam novas formas de racionalidade jurídica e implicam uma racionalidade prática para sua aplicação.

O papel desempenhado pelos Textos Constitucionais em especial após a Segunda Grande Guerra, nos países de tradição continental como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal etc., tem assumido uma função diferenciada. É possível afirmar que as Constituições do constitucionalismo liberal, que desempenhavam um papel de garante da liberdade estabelecendo, principalmente, mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram paulatinamente substituídas por Constituições que para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas através de princípios como normas jurídicas. A abertura das Constituições contemporâneas, por meio do abrigo de princípios normativos, coincide com um movimento de centralidade operado pelos ordenamentos constitucionais atuais em relação ao sistema jurídico. Não é incorreto afirmar que as Constituições atuais operaram uma migração de locus de significado e de importância que as conduziu para o centro de toda a ordem jurídica, lugar anteriormente ocupado, conforme já se afirmou, pelas codificações de direito privado voltadas essencialmente para a proteção patrimonial. O papel de primazia ocupado pelas Constituições hoje, reserva, dentro do próprio Texto constitucional, um papel de centralidade em relação aos direitos fundamentais.

#### 4. ATIVISMO JUDICIAL E O CONFLITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Consoante se pode depreender das considerações anteriores, o neo-constitucionalismo implica a possibilidade de se proceder a uma leitura moral da Constituição no sentido de uma interpretação criativa ou construtiva que não apenas revela novos direitos, mas principalmente, alarga o campo de cabimento e proteção daqueles já existentes. Isso não implica na discricionariedade judicial eis que só se pode admitir esse novo modo de interpretar a Constituição se limitado pelo ato interpretativo objetivado, conforme acima explanado. Fala-se aqui então de um crescente ativismo judicial progressista<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> É importante destacar que se pode falar em um ativismo judicial progressista e também em um ativismo judicial conservador. Na origem americana do ativismo judicial este foi, inicialmente, de índole conservadora. Neste sentido, basta recordar o caso *Dred Scott x Sanford* de

e inovador na efetivação dos princípios constitucionais, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

Conforme Barroso<sup>14</sup> em síntese esclarecedora, é possível se verificar a atuação mais intensa do Judiciário na concretização da Constituição em determinadas hipóteses, em rol não exaustivo:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Como se sabe, a atividade jurisdicional envolve necessariamente a aplicação da Constituição no cumprimento de suas normas e, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, como aplicador da lei ao caso controvertido e hoje, também no papel de garante dos direitos fundamentais, deve sempre fazê-lo em conformidade à Constituição e da maneira que melhor realize os fins constitucionais. Não obstante, o protagonismo do Judiciário no contexto do neoconstitucionalismo não fica a margem das críticas. A diminuição do espaço de atuação do Poder Executivo e, especialmente, do Poder Legislativo, visto que o Judiciário tem atuado em espaços deixados por ambos, têm gerado uma série de debates e críticas na doutrina. É o que se tem reconhecido como o conflito entre constitucionalismo e democracia. Democracia aqui entendida como o auto-governo popular e constitucionalismo compreendido no tom da defesa de direitos envolvendo decisões contramajoritárias tomadas, inclusive, para além dos espaços de decisão da representação da maioria.

A suposta oposição entre ambos (constitucionalismo e democracia), especialmente quando se adentra a seara do controle jurisdicional da constitucionalidade (que alcança grande difusão e fortalecimento sob o constitucionalismo contemporâneo), tem arregimentado grandes pensadores do direito constitucional e da filosofia, no sentido de entenderem que o espaço conferido ao Judiciário, dentro de uma interpretação moral da Constituição, para invalidar uma lei produzida por representantes da soberania popular ou exigir a implementação de políticas públicas que concretizam direitos fun-

---

1857 (segregação racial) e também a chamada era Lochner de 1905 à 1937, na invalidação das leis sociais.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, número 13, jan/mar 2009, p.78.

damentais sociais, ou ainda, revelar por meio da interpretação extensiva direitos que não estão literalmente previstos no texto, é demasiado largo, o que daria margem para a redução do campo democrático de tomada de decisões por meio da vontade da maioria, representada pelo Poder Legislativo, ou da definição do campo de prioridades políticas, da alçada do Poder Executivo. Por outro lado, pensadores do Direito constitucional de não menos expressão, entendem que a suposta oposição entre constitucionalismo e democracia resulta, na realidade, de uma identificação inadequada entre democracia e vontade da maioria. Nesta ótica, os juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis na perspectiva da leitura moral da Constituição, nada mais estão fazendo do que construir a democracia por meio da defesa de determinados direitos que jamais poderiam ficar submetidos à possibilidade de sofrerem restrições por meio da vontade majoritária. Nesta perspectiva, democracia e vontade da maioria não se confundem, uma vez que o compromisso democrático se estabelece para com o tratamento igualitário de todo cidadão. Neste sentido, para Dworkin, o importante é a igualdade de capacidade de influir no resultado, assim, é a igualdade de consideração e respeito que deve ser almejada, o que não é, exatamente, a mesma coisa que a igualdade para produzir impacto na decisão, garantida com o peso igualitário dado aos votos em uma escolha majoritária<sup>15</sup>.

Ao que parece, ainda que a polêmica não se encontre esgotada e talvez faça parte mesmo da compreensão intrínseca entre os dois princípios, constitucionalismo e democracia se requerem mutuamente e não existem integralmente em separado, operando, ao invés, uma relação co-constitutiva. O constitucionalismo democrático, próprio do momento atual de desenvolvimento do neoconstitucionalismo, cada vez mais, parece estar apto a instrumentalizar uma síntese da suposta oposição.

Frank Michelman<sup>16</sup>, ao discutir as relações paradoxais entre democracia e constitucionalismo, põe em questão a compatibilidade entre ambos, não exatamente para opô-los, mas para aproximá-los. Para o constitucionalista americano, a democracia está ligada à ideia de auto-governo político popular e o constitucionalismo se liga a significação de que a Constituição representa limites a esta tomada de decisões políticas populares. Em outras palavras, a Constituição apresenta-se intocável pelas políticas majoritárias, estando assim fora do alcance das deliberações democráticas. Esta noção de inalterabilidade das Constituições pelas maiorias é uma concepção fundamental, própria ao constitucionalismo.

---

<sup>15</sup> Conforme a introdução de sua obra *O direito da Liberdade - a leitura moral da constituição norte-americana*.

<sup>16</sup> MICHELMAN, Frank I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

Some-se a isto o fato de que o trabalho dos juízes, nos sistemas de Constituição rígida e de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, ao interpretar e aplicar a Constituição, pode, para alguns críticos do ativismo judicial, acabar retirando dos representantes do povo a possibilidade de decisões dos assuntos políticos. Para estes críticos o foro próprio destas decisões seria naturalmente o Poder legislativo, legitimado democraticamente para decidi-las como representantes do povo.

No sistema constitucional americano, a possibilidade dos juízes da Suprema Corte poderem declarar inconstitucionais os atos do Poder Legislativo, faz parte do próprio mecanismo de funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Na visão liberal de Dworkin, que compartilha da concepção substancialista de democracia, não se pode considerar antidemocrática a atuação de juízes na interpretação (moral) dos textos constitucionais desde que o Judiciário, independente, atue sob a premissa de igual consideração e respeito pelos cidadãos, possuindo assim um papel democrático na garantia dos direitos.

Observe-se que é possível perceber-se duas variações na compreensão da democracia constitucional. A chamada democracia procedimental e a democracia substancial. Na concepção substantiva de democracia não se questiona como ou por quem foram feitas as leis para saber afinal se são ou não democráticas. A questão que interessa nesta concepção é entender a democracia como direitos. Importa o conteúdo de direitos que a lei possua para ser então considerada democrática. Já para a concepção procedimentalista de democracia, o que importa, na realidade, é o procedimento que leva à decisão de quais direitos as pessoas terão.

Crítico do ativismo judicial no entendimento de que o controle jurisdicional da constitucionalidade pode robustecer a contraposição entre constitucionalismo e democracia (especialmente se for adotada a ideia da democracia substancial e conseqüentemente proceder-se a uma interpretação moral da Constituição) é o constitucionalista americano John Hart Ely<sup>17</sup>. Para

Ely, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis só se justifica e, portanto, se legitima, quando este Poder atua para a manutenção do funcionamento adequado da democracia representativa. Este autor toma, como parâmetro para a solução do conflito entre democracia e constitucionalismo, a atuação da Corte de Warren (quando a Suprema Corte esteve sob a presidência do juiz Earl Warren, 1953-1969) em sua postura ativista.

Muito embora seja Ely um crítico do ativismo judicial, defende a atuação do controle jurisdicional da constitucionalidade em uma perspectiva

---

<sup>17</sup> ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría Del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997.

limitada e essencialmente procedimental, ou seja, a atuação da Corte apenas como garante do processo democrático. A atuação da jurisdição constitucional só deve operar-se no caso do mau funcionamento da democracia (ausência de confiança no processo democrático) quando a autoridade jurisdicional estaria melhor posicionada em relação ao Legislativo, para interpretar a Constituição. Esta forma limitada de exercício do controle da constitucionalidade pelo Judiciário, no ponto de vista de Ely, não seria incoerente com os pressupostos da democracia representativa.

Conforme já afirmado anteriormente, Dworkin adere à concepção substancialista de democracia. Assim, para este autor, juízes e advogados realizam de fato uma leitura moral da Constituição, embora alguns não o reconheçam. Os artigos da Constituição norte-americana contém, segundo o autor, princípios abstratos de ordem moral (v. g. 1ª emenda - liberdade de expressão; 5ª emenda - devido processo legal) e também regras não abstratas e portanto determinadas. Somente por via de interpretação será possível definir o conteúdo pretendido pelos dispositivos constitucionais. A interpretação ou leitura moral da Constituição, no entanto, não dá aos juízes, como afirmam alguns críticos desta postura, um poder absoluto para impor as suas próprias convicções morais. Dworkin reconhece a existência de limites à liberdade dos juízes quando operam a leitura moral da Constituição, por meio da perspectiva interpretativa do Direito como integridade<sup>18</sup>. Para ao autor, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, interpretando a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento contínuo (técnica do romance em cadeia). Na perspectiva da integridade, "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade"<sup>19</sup>.

Ao entender que não há vínculo entre democracia e vontade da maioria, para Dworkin, a leitura moral da Constituição não é nem elitista e nem anti-democrática<sup>20</sup>, mesmo porque a leitura moral implica na indagação de "como se deve interpretar a constituição?" e não de "quem deve interpretar a Constituição?". O autor defende a concepção constitucional de democracia que rejeita a premissa majoritária. A democracia é um governo sujeito às condições democráticas de igualdade (igual consideração e respeito) para todos os cidadãos e não exatamente à vontade majoritária. Assim, afirma Dworkin,

---

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade- a leitura moral da constituição norte- americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 13.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.279.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade- a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 09.

Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que estas exceções sejam causa de arrependimento moral.<sup>21</sup>

Dworkin distingue democracia da regra da maioria. Para melhor entender esta posição, o autor americano afirma que o cumprimento da simples regra da maioria nem sempre estará vinculado a condições democráticas. Será preciso então diferenciar, no Texto Constitucional, as normas constitucionais “possibilitadoras” e as normas constitucionais “limitadoras”<sup>22</sup>. As normas constitucionais possibilitadoras são normas do processo democrático constitucional e estipulam quem pode votar, como se dão as eleições, que poderes possuem os representantes, etc. Já as normas limitadoras seriam exatamente aquelas que restringem os poderes dos representantes estabelecidos pelas normas do tipo anterior. Ambas são condições essenciais para a construção da democracia. Se as normas limitadoras não fossem igualmente importantes para a construção democrática, poderíamos admitir que uma maioria retirasse ou reduzisse o direito de livre expressão de uma minoria. A consequência disto, sem dúvida, implicaria na diminuição ou destruição da democracia.

Assim, na opinião de Dworkin, só a falta de distinção adequada entre o que é a premissa majoritária e o conceito de democracia, pode levar os críticos do controle jurisdicional de constitucionalidade a entender que este compromete aquela. Ao sustentar a compreensão do constitucionalismo como um sistema que estabelece direitos individuais intangíveis na esfera do legislativo, ou seja, uma proteção constitucional dos direitos individuais que os colocam à margem da alteração ou supressão pelo legislador ordinário, Ronald Dworkin<sup>23</sup> compreende que o conflito surgido deste fato não é exatamente um conflito verdadeiro. É certo que a proteção estabelecida pela Constituição rígida aos direitos individuais impede que a legislação ordinária, aprovada majoritariamente pela vontade dos representantes da soberania popular, possa reduzir ou limitar um direito fundamental de liberdade, mas isto não significa, para o autor, que se esteja aí diante de um conflito entre a

---

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade- a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.26.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, p. 2-11, em 1995. p. 02.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, p. 2-11, em 1995.

democracia e o constitucionalismo, visto que, tudo dependerá de que conceito de democracia se esteja partindo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação conflitiva entre constitucionalismo e democracia, bem observa Menelick de Carvalho Netto<sup>24</sup>, é inerente ao próprio constitucionalismo em todas as suas fases de desenvolvimento. Quanto mais democrático é o regime, menos limites se podem estabelecer à vontade e às decisões populares. Ao contrário, quanto mais limites o constitucionalismo imponha às decisões da maioria, menor o âmbito da livre escolha popular. Ainda assim, segundo Carvalho Netto, muito embora esta relação seja tensa ou conflitiva, estes dois princípios não se contradizem e muito menos se encontram em oposição, pois, na realidade, se requerem e se implicam mutuamente. Nas suas palavras,

Esse é o problema do constitucionalismo anterior, que, quer pela via da tradição liberal, quer pela via da tradição republicana, quer no paradigma do Estado de Direito, quer no do Estado Social, enfocava essa tensão constitutiva do próprio constitucionalismo como uma oposição antitética. Esses princípios, se são efetivamente contrários, não são contraditórios entre si, mas são igualmente primordiais e co-originários. Ao contrário da abordagem tradicional, podemos ver agora que esses princípios são simultânea e reciprocamente constitutivos um do outro, pois instauram uma tensão rica, complexa e produtiva, sem a qual não pode haver nem democracia, nem constitucionalismo.<sup>25</sup>

No constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário se fortalece porque a Constituição se fortalece normativamente. Não há efetivamente atuação discricionária do Poder Judiciário, que só pode mover-se nos marcos da própria Constituição, orientado por sua normatividade eivada das mais variadas possibilidades de considerações valorativas. O princípio vetor na compreensão dos direitos fundamentais é, como se sabe, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, falar-se em decisionismo arbitrário do Judiciário é mais do que confundir democracia com vontade da maioria, é efetivamente desconhecer a própria Constituição em seu caráter emancipatório.

---

<sup>24</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 88. dez./2003.

<sup>25</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento jurídico e democracia. p.14.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, número 13, jan/mar 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 88. dez./2003.

DWORKIN, Ronald. O direito da Liberdade — a leitura moral da constituição norte- americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo e democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, em 1995.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

ELY, John Hart. Democracia y desconfianza: una teoría Del control constitucional. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” Del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editorial Trotta. p. 50-58

MICHELMAN, Frank I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v.21, n.2, p.340-341, 1998.

\_\_\_\_\_. *Neocostitucionalizmo e positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. [Anais eletrônicos] Disponível em: <[http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf)>. Acesso em: 27 Mar. 2013.



SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), Direito e interpretação: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-38.