

NEOCONSTITUCIONALISMO E EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

NEOCONSTITUTIONALISM AND EXPANSION OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION



Eduardo Cambi¹

A presente pesquisa tem por objetivo averiguar a evolução do Direito Constitucional ao que hoje denomina-se como Neoconstitucionalismo. Os marcos históricos, políticos e filosóficos, principalmente com término da Segunda Guerra Mundial, culminaram na posição central das Constituições, reaproximando a ética e o direito, com a conseqüente valorização dos princípios constitucionais, com ênfase na dignidade da pessoa humana. O conteúdo constitucional se amplia e espalha aos demais ramos do direito (filtragem constitucional). Com essa nova realidade, o Poder Judiciário assume papel de destaque, com uso de mecanismos como o controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

¹ Pós-doutor pela *Univesità degli studi di Pavia*. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Centro Universitário Assis Gurgaz (FAG). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público brasileiro. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>. Orcid: 000-0003-4944-1256. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

Via método dedutivo e pesquisa fundamentalmente bibliográfica, pode-se concluir que o fenômeno do Neoconstitucionalismo busca efetivar o conteúdo normativo da Constituição nas relações sociais.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Neoconstitucionalismo; Dignidade da Pessoa Humana.



Silvana Aparecida Plastina Cardoso ²

This research aims to investigate the evolution of Constitutional Law to what is now called Neoconstitutionalism. Political, Philosophical and Historical landmarks, mainly for the purpose of the Second World War, reconnecting the central position of constitutions and human rights, with the consequent valorization of constitutional principles, with emphasis on the person's intention. The constitutional content expands and spreads to other branches of law (constitutional filtering). With this new reality, the Judiciary assumes a prominent role, using mechanisms such as control of constitutionality and conventionality. The deductive deductive way researched to search for the material, one can determine the effective social method for the search for the normative content of the Constitution.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Neoconstitutionalism; Dignity of human person.

² Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022). Pós-Graduada em Educação a Distância pela Faculdade Arthur Thomas - FAAT (2013). Pós-Graduada em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2009). Graduada em Direito pelo Instituto Catuaí de Ensino Superior - ICES (2007). Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Arapongas - FAFICLA (1982). Advogada Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/PR. Foi docente em Curso Superior de Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9952430523138466>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0794-6547>. E-mail: silvanaplastina@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico como um todo, desde as lições de Kelsen, com base na Teoria Pura do Direito, traz um sistema hierárquico, cuja lei maior é a Constituição; todavia, tal teoria foi responsável por afastar o direito da ética. No plano formal da supremacia das normas, a Constituição ocupa o lugar mais alto, o que não é suficiente para assegurar a cidadania.

Foi com o término da Segunda Guerra Mundial e seus resultados lastimáveis que se intensificou os debates filosóficos e teóricos, onde passou-se a reconhecer a força normativa das Constituições e preocupar-se com a sua efetividade. A partir daí, tanto no âmbito internacional como nacionalmente, os Estados passaram a tutelar de maneira mais concreta os direitos humanos e fundamentais, ressaltando a dignidade da pessoa humana como valor jurídico estruturante do sistema jurídico.

Com isso, no plano filosófico, o positivismo jurídico cedeu lugar ao pós-positivismo, a ética e o direito reaproximaram-se, criando um núcleo axiológico distinto e direcionado a melhor proteção do ser humano. É com essa premissa e na transição do Brasil para um Estado Democrático de Direito, estimulada pela Constituição Federal de 1988, que devem ser potencializados os direitos humanos-fundamentais, que possuem força e aplicabilidade mediata e imediata, irradiando todo o ordenamento jurídico.

A presente pesquisa se ocupa do surgimento e evolução do neoconstitucionalismo, cuja influência é responsável pela ampliação da jurisdição constitucional, posto que a Constituição, ao irradiar-se pelos diversos ramos jurídicos, potencializa a judicialização dos conflitos, chamando o Estado, por meio do Poder Judiciário, a intervir nas relações de modo a aplicar o entendimento que mais reflete o propósito constitucional. A dignidade da pessoa humana deve ser o vetor orientador ao alcance da paz social e do bem-estar comum de todos. Todavia, para se alcançar a harmonia social, por vezes se compromete um ou outro direito fundamental, não se desfazendo dele, mas, ponderando-o, para a melhor adequação, ao caso concreto.

Por meio desse estudo teórico, via método dedutivo e pesquisa fundamentalmente bibliográfica, foi possível averiguar os aspectos evolutivos, a partir dos marcos históricos, políticos e filosóficos do Século XX, que culminaram no fortalecimento do neoconstitucionalismo, consolidando a jurisdição constitucional como instrumento de proteção real dos direitos fundamentais, com ampliação da jurisdição, para melhor concretizar o acesso à justiça.

1 NECONSTITUCIONALISMO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ordenamento jurídico se concentra na unidade, coerência e relação das normas. Ao tratar da norma fundamental na teoria de Hans Kelsen, Gilmar Mendes explica ser "aquela norma que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema" (MENDES, 2009, p. 1).

Conforme Norberto Bobbio, "[...] as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si" (1997, p. 19):

A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras com as quais formam um sistema normativo.

A Constituição estrutura o Estado moderno, na qual as normas (aqui, leia-se regras e princípios) cuidam dos direitos e deveres tanto na esfera privada (relações de particulares com particulares e particulares com a própria administração pública) quanto na pública (versando, por exemplo, sobre organização do Estado).

As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 1989, p. 42).

O neoconstitucionalismo é um método jurídico que leva em consideração fatores sociais e históricos a partir da segunda metade do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos direitos humanos-fundamentais. Trata-se de uma resposta às violações perpetradas pelo fascismo e pelo nazismo na Europa (CAMBI, 2020, p. 37 - 38).

No âmbito internacional, com o término da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945. Com isso, em 1948, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que surge como resposta às atrocidades do século XX, como meio de universalização dos direitos e cooperação internacional.

Como explica Flávia Piovesan, a dignidade do ser humano passa a ser o valor-fonte do Direito:

Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2018, p. 2 - 3).

Em relação à realidade brasileira, tal movimento consubstanciou-se na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, superando a mera validade formal da norma jurídica. Ao fundar-se no Estado Democrático de Direito, tal Constituição é um marco histórico que dá início ao processo de redemocratização do Brasil e contempla a dignidade da pessoa humana, como centro universal de tutela dos direitos intrínsecos do ser humano.

A ciência jurídica, com o pós-positivismo, se reaproximou da ética, consagrando os direitos fundamentais como objeto essencial e indispensável à realização do Estado Democrático de Direito, bem como da sociedade como um todo. Assim, Lília Schwarcz e Heloísa Starling argumentam que:

O novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país, e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros (STARLING, 2015, p. 488).

A superação da mera dimensão formal da norma constitucional exige que a Constituição seja por meio de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições (BARROSO, 2005, p. 7).

O reconhecimento da força normativa da norma jurídica constitucional potencializa a judicialização dos conflitos e implica, conseqüentemente, na expansão da jurisdição constitucional.

A Constituição Federal de 1988 consagra a garantia fundamental de acesso à justiça, possibilita a promoção de tutelas específicas no âmbito de direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, bem como assegura mecanismos amplos de controle direto e indireto de constitucionalidade (CAMBI, 2007, p. 9 - 10).

O neoconstitucionalismo também se concretiza na forma de interpretação das leis em conformidade com Constituição.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2005, p. 10 - 11).

A rigor, partindo-se do caso concreto, isto é, do problema, o operador do direito identifica a norma jurídica aplicável, ou seja, aquela que dá resposta ao problema posto. Todavia, por vezes, a mera aplicação da regra não é suficiente, principalmente no âmbito constitucional, em casos de colisão de direitos fundamentais.

Há conceitos jurídicos genéricos, abertos e indeterminados. Nesses casos, o intérprete da norma jurídica constitucional deve se valer de outros meios, ponderando as regras e os princípios em conflito para a mais adequada ao caso concreto. O operador do direito se vale da hermenêutica jurídica, usando-se da técnica de ponderação, com apoio nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (DWORKIN, 2007, p. 42 - 43).

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, embora possua contornos vagos e indeterminados, assume grande importância como vetor hermenêutico:

(...) a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado. [...] A dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos (BARROSO, 2014, p. 21).

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 41) pondera:

Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Em síntese, "a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem" (BARROSO, 2005, p. 13), impondo ao operador do direito a definição, no caso concreto, do seu sentido e alcance. Tal método de concretização da norma jurídica aproxima o direito da ética.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O direito pode ser conceituado como um conjunto de normas jurídicas que ordena os fatos sociais em conformidade com determinados valores, que, em última análise, ordenam a conduta humana, objetivando o bem comum. À luz da teoria tridimensional do direito, pensada por Miguel Reale, o direito constitui-se do fato, valor e norma:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). (2001, p. 60).

O Direito é, pois, a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum (REALE, 2001, p. 55).

A constitucionalização envolveu o direito em sua totalidade, de modo a compatibilizar toda a

estrutura do ordenamento jurídico à Constituição, não apenas formalmente, mas materialmente.

A constitucionalização dos direitos se materializa pela filtragem constitucional, pela qual "toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados" (BARROSO, 2005, p. 27).

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscrevem de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana (CAPELLARI, 2002, p. 113).

A Constituição passa a figurar como centro do ordenamento jurídico, com força normativa irradiante, dotada tanto da supremacia formal, pela qual as demais normas devem se submeter, inclusive, por sua hierarquia, quanto materialmente, porque os conteúdos das normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a ordem constitucional:

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do direito, de forma direta ou indireta. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade (CAPELLARI, 2002, p. 113).

Tal reflexo, ainda que possa ter maior repercussão no âmbito do Poder Judiciário, também tem força atuante nos Poderes Legislativo e Executivo, já que "impõe deveres negativos e positivos de atuação" (BARROSO, 2005, p. 28).

A leitura do direito constitucionalizado é promovida mediante a hermenêutica, com uso das variadas técnicas de interpretação, voltada à melhor resolução dos casos concretos. Não basta, pois, considerar as normas em sentido abstrato. São as circunstâncias fáticas que vão orientar a aplicação da norma jurídica cabível e os efeitos que serão produzidos, porque podem não comportar uma solução unívoca (BARROSO, 2005, p. 34).

Busca-se a aplicação dos valores constitucionais no ordenamento como um todo, como se dá, por

exemplo, com a expansão e a ampliação do Direito Civil, o que desafia o caráter meramente patrimonial e ressalta a importância da dignidade da pessoa humana (*v.g.*, na efetivação dos direitos da personalidade, conferindo melhor proteção e reparação aos danos extrapatrimoniais). Já no âmbito do Direito Público tal visão é encontrada, por exemplo, no Direito Administrativo, com diversos princípios constitucionais que orientam o gestor público. Neste sentido, os serviços públicos devem ser adequadamente prestados, objetivando a efetivação do princípio da eficiência (art. 37 da CF). Tal perspectiva constitucional do Direito Administrativo brasileiro busca desvincular-se do modelo totalmente burocrático, atrelando-se ao modelo gerencial (BARROSO, 2012, p. 40 - 41).

1.3 JURISDIÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito, pautado na tutela da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, deu início ao processo de redemocratização do Estado.

A centralização da norma constitucional, com a indiscutível previsão tanto de direitos de defesa como principalmente a consagração de direitos prestacionais, elevou as garantias humanas fundamentais ao patamar de cláusula pétrea, com o intuito precípua de garantir a proteção do mínimo existencial.

Nesse sentido, Vidal Serrano explica que:

O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade (NUNES JÚNIOR, 2022).

A consagração das garantias fundamentais pela Constituição Federal é indispensável para a manutenção do mínimo existencial à vida digna. Todavia, a mera positivação de direitos não garante aos cidadãos a sua eficácia social. Apenas o estabelecimento teórico da eficácia da norma constitucional não basta, sendo necessária a criação de mecanismos institucionais que garantam a sua aplicabilidade eficaz.

Afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente

as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa (CAMBI, 2008, p. 98).

Nesse mesmo sentido, Thiago Rafael Burkhart acrescenta:

O processo de constitucionalização dos direitos, o princípio da constitucionalidade das leis e a transformação da Constituição em "norma jurídica" implicam, como diria o jurista austríaco Hans Kelsen, no estabelecimento de Tribunais Constitucionais capazes de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, além de estabelecer a interpretação em última instância dos dispositivos da Constituição (BURKHART, 2021, p. 250).

Destaca-se, desse modo, o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil a partir de 1988. Foram consagrados diversos instrumentos que ao longo dos anos teriam a responsabilidade de conferir efetividade ao texto da Constituição. Dentre estes mecanismos, estão os controles judiciais de constitucionalidade e de convencionalidade.

A propósito, a Constituição da República de 1988 ampliou o rol de legitimados ativos que podem propor demandas com objetivo de realizar o controle de constitucionalidade de modo direto ou também denominado, controle concentrado, conforme preceitua o art. 103, CRFB/1988:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Ademais, é possível a realização do controle de constitucionalidade na forma difusa, no bojo de um processo, incidentalmente, pelo qual um(a) juiz(a) pode avaliar a constitucionalidade de uma lei, podendo recusar sua aplicação caso entenda que afronta, viola ou fere disposições constitucionais.

Consagrou-se com o advento da República o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934 introduziu-se a ação direta, como procedimento preliminar do processo de intervenção (CF/34, art. 12). Em 1946, consolidou-se o desenvolvimento da representação para efeitos de intervenção, contra lei ou ato normativo estadual (CF/46, art. 8º, parágrafo único). E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passou a integrar nosso sistema o controle abstrato de normas (Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946). No âmbito da unidade federada, a Constituição de 1967/69, além de propor a representação interventiva em face do direito estadual (art. 11, § 1º, c), estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3º, d). Finalmente, a Emenda n. 7, de 1977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, completando, assim, o conjunto normativo do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. [...] é fácil constatar que foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta (CF, art. 103). (MENDES, 2009, p. 1.111).

Nesse cenário, de amplo controle de constitucionalidade, o neoconstitucionalismo encontrou um terreno fértil para desenvolver-se. Sobre as características desse fenômeno, destaca Daniel Sarmento:

a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e, e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009).

Em decorrência da centralidade que os direitos humanos-fundamentais alcançaram, a busca por sua concretização tornou-se uma luta social permanente. A cidadania e a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, incs. I e II), o desenvolvimento da sociedade e a promoção do bem de todos, como objetivos fundamentais da república (CF, art. 3º, incs. I a IV), estimulam, por exemplo, o amplo acesso à justiça por todos (CF, art. 5º, inc. XXXV) (BRASIL, 1988), o que faz

com que o acionamento do Poder Judiciário seja cada vez maior.

A tutela jurídica implica a judicialização de todas as questões da vida. A expansão da jurisdição inclui o controle de políticas públicas, o que pode gerar conflitos com os outros poderes, esbarrando no ativismo judicial ou, o que é pior, no "totalitarismo constitucional".

O certo é que, na contemporaneidade, a ampliação do conteúdo (sic) das constituições acabou desvalorizando-as. Elas não mais gozam daquele respeito de outrora. Foram banalizadas. Aliás, o marco inicial desse desprestígio deu-se com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e constitucionais. (BULO, 2009, p. 24).

Não se pode, pois, perder a dimensão da democracia. O neoconstitucionalismo é reflexo do Estado Democrático de Direito, o que legitima a participação da sociedade no processo de interpretação constitucional, porque elas "representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição [...]". "[...] a integração, pelo menos indireta, da 'res-pública' na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário" (sic) (HÄBERLE, 1997, p. 30 - 33).

Na ausência ou inércia do Estado, o Poder Judiciário, acionado pela pessoa que se sente lesada ou ameaçada, se tornou agente ativo na concretização de políticas públicas, reconhecendo e determinando que se cumpra o direito garantido e reclamado judicialmente. É nisso que incorre a crítica, uma vez que o desempenho do múnus político é conferido a poderes específicos investidos por meio de critério eletivo em processo específico à pessoa assim reconhecida como capaz de representar a maioria, ao contrário dos juízes e tribunais, cuja investidura é distinta.

Porém, ainda que não eleito pela maioria, "o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade" (BARROSO, 2012, p. 46). O poder conferido pela Constituição legitima a atuação jurisdicional ao permitir a deliberação sobre a aplicação ou não de leis conforme a Constituição.

É papel do Poder Judiciário, no desempenho de sua função ordinária, a aplicação do direito ao caso concreto, afirmando a supremacia da Constituição e vedando a aplicação de leis inconstitucionais.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação (BARROSO, 2012, p. 47).

Ana Paula Barcellos defende que “não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (2005, p. 92), já que não se cuida de invasão da Constituição na esfera política, muito menos uma transferência do poder do povo e, de seus representantes, ao operador do direito. Isto porque as normas contidas na Constituição possuem natureza jurídica e são dotadas de aplicabilidade imediata, com superioridade hierárquica.

A garantia ao acesso à justiça para solução dos mais variados problemas, principalmente sociais, de resguardo e garantia de direitos fundamentais deve ser assegurada, por mais que implique a expansão da jurisdição.

É papel do Poder Judiciário resguardar a todos os envolvidos a solução mais harmônica ao caso concreto, observando todos os pressupostos do Estado Democrático de Direito, a fim de promover os valores constitucionais, quando os demais poderes são insuficientes para tanto, sem, contudo, criar uma instabilidade institucional (BARROSO, 2005, p. 51).

A tarefa fundamental do neoconstitucionalismo é ampliar a cidadania, consagrar o Estado Democrático de Direito e dar maior efetividade a valorização da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Com o término da Segunda Guerra Mundial, observou-se que tanto os entes internacionais como os nacionais passaram a conferir proteção aos direitos humanos fundamentais, como meios necessários à máxima proteção da vida digna.

A Constituição de República Federativa do Brasil é dirigida aos fins sociais presentes e futuros, promovendo o diálogo entre o direito e a ética, o que permite a irradiação dos valores a todo o ordenamento jurídico.

O Estado Democrático de Direito assegura direitos e garantias fundamentais, o que confere ao Poder Judiciário amplos mecanismos hermenêuticos, processuais e de controle constitucional/convencional. Porém, o que legitima a atuação da expansão da jurisdição é a promoção da justiça, quando frustrados os demais mecanismos de efetivação da cidadania.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Unb, 1997.

BUCKHART, Thiago Rafael. Jurisdição constitucional no Brasil: uma análise crítica da dicotomia substancialismo vs. Procedimentalismo. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, v. 3, n. 56, 2021.

BULO, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Editora: D' Plácido, São Paulo, 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso*. *Revista Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007.

CAPELLARI, Eduardo. A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo. Repositório Institucional da UFSC, ano 2002.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direitos Sociais. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, v. 2, 2022.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal do Direitos: desafios contemporâneos. Revista de Direitos Internacional e Direitos Humanos, UFRJ, v. 1, n. 1, 2018.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. Brasil: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 5. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.