

# NEOCONSTITUCIONALISMO: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO

## NEO-CONSTITUTIONALISM: CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND JUDICIALIZATION

Maikon Cristiano Glasenapp  
Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI  
Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Católica de Santa Catarina

**RESUMO:** Este resumo expandido procura analisar o neoconstitucionalismo enquanto categoria teórica, que instiga uma nova teoria e efetividade do Direito Constitucional, ensejando o estudo do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais, possivelmente concebido pelas mudanças paradigmáticas do novo modelo axiológico de constituição da contemporaneidade, marcada pela presença e pela garantia constitucional de normas de direitos fundamentais, que condensam os valores da comunidade em normas positivadas.

**Palavras-chaves:** Neoconstitucionalismo; Direitos Fundamentais; Garantias Constitucionais.

**ABSTRACT:** This expanded abstract analyses neo-constitutionalism as a theoretical category, which instigates a new theory and effectiveness of the Constitutional Right, leading to a study of the phenomenon of the constitutionalization of the legal system of fundamental rights, possibly conceived by the paradigmatic changes in the new axiological model of constitution of contemporaneity, marked by the presence and the constitutional guarantee of norms of fundamental rights, by which community values are condensed into positive norms.

**Keywords:** Neo-constitutionalism; Fundamental Rights; Constitutional Guarantees.

### INTRODUÇÃO

O presente texto oferece alguns elementos para a reflexão e teorização do novo direito constitucional (neoconstitucionalismo) entendido como um fenômeno relativamente recente dentro do Estado constitucional contemporâneo. Nas palavras de Miguel Carbonel<sup>1</sup>, fenômeno que parece contar cada dia com mais seguidores, sobretudo, no âmbito da cultura jurídica italiana e espanhola, e em alguns países da América Latina, tais como: Brasil, Argentina, Colômbia e México. Como ensina Luis Prieto Sanchis<sup>2</sup> o neoconstitucionalismo como teoria se apresenta como impulsionador de uma nova teoria do direito, que procura dar resposta à

---

<sup>1</sup> CARBONELL, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, en *El mismo* (coordinador), **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos Madrid: Trotta, 2007.

<sup>2</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Frotta, 2003, p.123

identificação contemporânea da crise da lei – déficit de realidade da norma e os anseios sociais – a lei parece ter deixado de ser a única, suprema e racional fonte do direito.

Como o ordenamento jurídico se apresentou como expressão da racionalidade jurídica moderna – postulado pelo legislador<sup>3</sup> estatal, portanto, o Estado submete-se ao primado da legalidade, assim, a lei é concebida como norma emanada e produzida a partir da expressão dos anseios sociais, positivando-se em códigos, o que vai permitir a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas, o chamado positivismo jurídico.

## NEOCONSTITUCIONALISMO UMA CATEGORIA CONTEMPORÂNEA

Neoconstitucionalismo faz parte de uma família contemporânea de categorias teóricas que estimulam uma nova teoria do direito constitucional, uma nova solução a crise da legalidade e as tensões colocadas ao Estado Constitucional de Direito. Para Pietro Sanchis<sup>4</sup>, algumas mudanças estão ocorrendo para a teorização desse novo direito constitucional, tais como: mais princípios em vez de regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise individual e concreta do que análise geral e abstrata; mais poder judiciário e menos poder executivo e legislativo; mais aplicação da Constituição em vez de aplicação de leis ordinárias, e por último, coexistência de uma constelação plural de valores, que podem às vezes tendencialmente ser contraditórios, em vez de homogeneidade ideológica em torno de um conjunto de princípios coerentes entre si.

Na linha do que se estava dizendo, Miguel Carbonell<sup>5</sup> enfatiza que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de constituições que não se limitam em estabelecer somente competências e separar os poderes públicos, mas que contém altos níveis de normas materiais que condicionam a atuação do Estado determinando certos fins e objetivos. Essas constituições possuem um amplo catálogo de direitos fundamentais, que deveriam determinar a relação entre o Estado e os cidadãos.

A constituição para Riccardo Guastini<sup>6</sup> deve ser um ordenamento jurídico extremamente “invasor” e “intrometido”, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência e a doutrina, bem como, a atuação dos atores políticos e as relações sociais. Então, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como o fenômeno da constitucionalização do

---

<sup>3</sup> ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, p.30

<sup>4</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Frotta, 2003, p.131.

<sup>5</sup> CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.

<sup>6</sup> GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

ordenamento jurídico, que seria “[...] *un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*”<sup>7</sup>.

Para o jurista brasileiro Luiz Roberto Barroso<sup>8</sup>, o neoconstitucionalismo identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado de Direito Constitucional, que podem ser analisados: (a) pelo marco histórico, que contextualiza a formação do Estado constitucional de direito e sua consolidação no final do século XX; (b) pelo marco filosófico, que identifica o neoconstitucionalismo como o pós-positivismo jurídico, centralizando os direitos fundamentais e a reaproximação do Direito e a ética, e, (c) pelo marco teórico, que incluem ao conjunto de mudanças a força normativa da constituição, bem como a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova técnica de interpretação constitucional (interpretação extensiva).

A proposta teórica do neoconstitucionalismo é concebida a partir da descrição do conjunto de transformações ocorridas e que estão ocorrendo com a constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos que é denominado por Susana Pozzolo<sup>9</sup> como “modelo axiológico da constituição como norma”, ou seja, a constituição é marcada pela presença e pela garantia constitucional de normas de direitos fundamentais que condensam os valores da comunidade em normas positivadas, caracterizadas pelo conteúdo normativo material e axiológico e que pretendem influenciar todo o ordenamento jurídico e a atividade pública e privada.

Para Ferrojali estas teses permitem conceber o novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), tal como vem se configurando desde o final do século XX e início do século XXI os ordenamentos jurídicos estatais democráticos através das constituições rígidas, e no âmbito internacional com a sujeição dos Estados aos ordenamentos jurídicos de direitos humanos, o que por certo, configura-se numa profunda mudança do paradigma positivista clássico do direito. Por derradeiro, o neoconstitucionalismo como resultado da constitucionalização dos direitos fundamentais, portanto, com limites e vínculos substanciais da legislação positiva, corresponde a uma grande revolução na própria natureza do direito que

---

<sup>7</sup> GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. p. 49.

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, marco/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, INSS 1981-1888. Disponível na internet < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> . Acesso em 31 de dezembro de 2010.

<sup>9</sup> POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 21-II, 1998, p. 342. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 83.

se traduz na alteração do paradigma clássico do direito. Ou seja, “[...] *con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones*”<sup>10</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Neoconstitucionalismo apresenta-se como uma categoria teórica, prática e política que procura explicar as constantes mudanças na teoria do Direito Constitucional, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais. As constituições não são meras cartas formais de institucionalização do Estado e dos seus objetivos, mas, sobretudo, são portadoras de normas materiais de eficácia imediata, por conseguinte, as cortes judiciais constitucionais são levadas a decidirem sobre causas (demandas) que na origem são de natureza política, contudo, quando não observadas pelos poderes executivos e legislativos. Assim de forma articulada considera-se finalmente que:

1) O neoconstitucionalismo oferece uma proposta teórica que estimula uma nova teoria ao direito constitucional, defendendo uma maior interpretação dos princípios do que as regras, uma maior ponderação dos princípios do que a subsunção, mais análise individual e concreta do que análise abstrata, mais poder judiciário e menor poder executivo e legislativo, mais aplicação dos dispositivos constitucionais do que aplicação de leis ordinárias, e por fim, coexistência de uma constelação de plural de valores;

2) Para o alcance da novo constitucionalismo e das mudanças que estão ocorrendo, defende-se a rigidez das constituições, atribuindo ao direito constitucional o conceito de sistema de garantias, assegurado diretamente na posição hierárquica normativa, isto é, as normas constitucionais, sobretudo, que disponham de direitos fundamentais, devem ser superiores frente a toda as outras norma do ordenamento, a chamada, ideia de constituição como “direito sobre o direito”;

3) Para um correta interpretação do novo constitucionalismo enquanto garantia dos direitos fundamentais, que o jurista italiano Ferrajoli, conceitua como todos aqueles direitos subjetivos que correspondem a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, cidadãos. Ainda, para o autor os direitos fundamentais não estão adtristos somente a estipulação constitucional desses direitos, ou seja, os direitos fundamentais podem estar dispostos de forma essencial em forma de direitos universais;

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. p. 64.

4) Por fim, demonstrou-se que essa mudança no paradigma clássico do direito, tem mudado também a própria natureza da jurisdição, na medida, em que os tribunais, sobretudo, constitucionais vem sendo chamados a decidir sobre questões que por natureza seriam questões políticas, portanto, deveriam ser decididas no âmbito de atuação do executivo e do legislativo. Quando as demandas não são resolvidas nessas competências do poder do estado (legislativo e executivo), o judiciário se vê chamado a decidir, resignificando o próprio campo da produção do direito e da política. Pode-se afirmar que a judicialização da política se tornou um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais. Portanto, a nova interpretação constitucional e o novo constitucionalismo podem representar um aperfeiçoamento do Estado de Direito Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARBONELL, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto, en El mismo* (coordinador), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos Madrid: Trotta, 2007.

PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidade jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, marco/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, INSS 1981-1888. Disponível na internet <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> . Acesso em 01 de dezembro de 2012.

POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 21-II, 1998, p. 342. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.