



**ESCOLA DE  
DIREITO**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS



**EQUIDADE:**

**REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**

UEA  
EDIÇÕES

editora  
UEA

## **GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS**

Wilson Lima  
**Governador**

### **UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**

Prof. Dr. André Luiz Nunes Zogahib  
**Reitor**

Profa. Dra. Kátia do Nascimento Couceiro  
**Vice-Reitor**

Profa. Dr. Raimundo de Jesus Teixeira Barradas  
**Pró-Reitor de Ensino de Graduação**

Prof. Dr. Valber Barbosa de Menezes  
**Pró-Reitora de interiorização**

Profa. Dr. Roberto Sanches Mubarak Sobrinho  
**Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação**

Profa. Dra. Joésia Moreira Julião Pacheco  
**Pró-Reitora de Planejamento**

Prof. Dr. Darlisson Sousa Ferreira  
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos  
Comunitários**

Prof. Dr. Nilson José de Oliveira Junior  
**Pró-Reitoria de Administração**

Profa. Dra. Isolda Prado  
**Diretora da Editora UEA**

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho  
**Coordenação do Programa de  
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

## **EQUIDADE: REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA**

### **UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**

Prof. Dr. Ricardo Tavares, UEA  
**Coordenação do curso de Direito**

Profa. Dra. Patrícia Fortes Attademo Ferreira,  
UEA

Prof. Dr. Denison Melo de Aguiar, UEA  
**Editores Chefe**

Profa. Msc. Monique de Souza Arruda  
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto  
**Editores Assistentes**

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, PUC-SP  
Profa. Dr. Danielle de Ouro Mamed, UFMS  
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP  
Profa. Dra. Tereza Cristina S. B. Thibau, UFMG  
Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA  
Prof. Dr. Cássio André Borges dos Santos, UEA  
**Conselho Editorial**

Profa. Dr. Lidiane Nascimento Leão, UFOPA  
Prof. Msc. Assis da Costa Oliveira, UFPA  
Prof. Dr. Nirson da Silva Medieros Neto, UFOPA  
**Comitê Científico**

Prof. Dr. Daniel Gaio - UFMG/MG  
Prof. Dr. Paulo Victor Vieira da Rocha, UEA  
Prof. Dr. Alcian Pereira de Souza, UEA  
Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA  
Profa. Msc. Monique de Souza Arruda  
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto  
Profa. Dra. Adriana Almeida Lima  
Prof. Dr. Ygor Felipe Távora da Silva  
Prof. Dr. Neuton Alves de Lima  
**Avaliadores**

Prof. Dr. Denison Melo de Aguiar  
**Primeira revisão**

Prof. Dr. Denison Melo de Aguiar  
**Revisão Final**

**Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**

Vol. 9. Nº 1, Janeiro – Junho/2024.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

**Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas**

R454

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da Universidade do Estado do Amazonas/  
Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do  
Amazonas. Vol. 9. Nº 1. (2024). Manaus: Curso de Direito, 2024.

Semestral

1. Direito – Periódicos. I. Título

CDU 349.6

**DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO AO  
NEOCONSTITUCIONALISMO: A FUNÇÃO DE GARANTE DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PERSPECTIVA NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITOS**  
***FROM THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE EMPIRE TO  
NEOCONSTITUTIONALISM: THE FUNCTION OF GUARANTOR OF  
CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE PERSPECTIVE IN THE  
DEMOCRATIC STATE OF RIGHTS***

**Fábio Tavares Amorim<sup>1</sup>**  
**Átila de Oliveira Souto<sup>3</sup>**

**RESUMO:** Este trabalho acadêmico objetiva promover a breve análise dos efeitos decorrentes da positivação dos direitos fundamentais, evidenciando o descompasso do mito do legislador negativo com o Estado Democrático de Direitos. Busca-se, também, que o leitor conheça a função de garante da jurisdição constitucional, entendendo que o compromisso traçado pelo legislador constituinte originário ocasiona profunda verticalização na interpretação do ordenamento jurídico, promovendo o enlaçamento entre os conceitos de justiça e moral, de forma a justificar e exigir interpretação neoconstitucional, em estrita observância ao Estado Democrático de Direitos.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Legislador Negativo. Estado Democrático de Direitos.

**ABSTRACT:** *This objective academic work promotes a brief analysis of the effects resulting from the positiveization of fundamental rights, highlighting the disconnect between the myth of the negative legislator and the Democratic State of Rights. The aim is also to ensure that the reader knows the function of guaranteeing constitutional jurisdiction, understanding that the commitment outlined by the constituent legislator originates a profound verticalization in the interpretation of the legal system, promoting the link between the concepts of justice and morality, in order to explanation and demand for neoconstitutional interpretation, in strict compliance with the Democratic State of Rights.*

**Keywords:** *Neoconstitutionalism. Negative Legislator. Democratic State of Rights.*

## **INTRODUÇÃO**

No atual cenário de crise institucional da sociedade brasileira, agravado por inúmeros escândalos de corrupção e pela hipertrofia dos Poderes, sobretudo a luz da atuação contra majoritária e ativista do Poder Judiciário, faz-se mister o estudo dos direitos fundamentais e, principalmente, da influência vertical que os mesmos causam na hermenêutica jurídica.

O compromisso da jurisdição com o Estado Democrático de Direitos é o pilar de fundamento e garantia da própria existência da atuação jurisdicional, sendo que esta, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, deve resolver todas as questões que lhe forem submetidas, mormente a luz da amplitude dos conceitos jurídicos e a necessidade de adequar à legalidade ao princípio da moralidade, sobrepondo outros princípios de igual índole constitucional, frente às normas, lacunas eventualmente existentes e omissões dos outros Poderes.

Evidente que esta visão aplicada à Corte Constitucional ocasionará na análise de questões que republicaneamente não fáceis e, muitas vezes, será contra majoritária. A função de garante da jurisdição eventualmente adentrará caminhos tortuosos, principalmente em um Estado plúrimo e multifacetado como o Brasil, ocasionando o questionamento quanto ao poder-dever da jurisdição, sobretudo em virtude do estado de latência da atuação da jurisdição constitucional brasileira, que se permitiu ser reduzida, por anos, a mera condição de corte de cassação.

Como prólogo da temática, relembra-se que por anos no mundo houve efetivo debate sobre a legitimidade do órgão que deveria promover a análise da conformidade e da validade dos atos do parlamento e do governo à luz da legislação, vez que no Estado Absolutista esta função centrava-se unicamente no Rei.

Ante o declínio do absolutismo e o surgimento do Estado Liberal, surgiu-se a necessidade de separação dos poderes, objetivando-se maior proteção da liberdade individual e o aumento da eficiência do Estado. Assim, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, surgiu a função jurisdicional, de modo que somente o juiz poderia interpretar (dizer) o direito, consistindo em atividade extremamente limitada, vez que sua função era exclusivamente de declarar a lei, sem produzir direitos novos.

A conformação da separação de Poderes, sobretudo com Kelsen, resumiu-se de forma exacerbada os ideais liberais e, portanto, com forte carga de influência do juspositivismo. Se

antes no Estado Absoluto prezava-se pelo Direito Natural neste outro momento preza-se pelo Direito Positivo, de modo que a Lei justa é a lei concreta, pouco importando os critérios de validade de justiça/moralidade.

Para Kelsen, o Poder Judiciário possuía a função estritamente supressiva<sup>1</sup> e qualquer novo conteúdo adicionado aos dispositivos, quer por criação ou alteração das regras, esbarraria na inviabilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo<sup>2</sup>, tal como no caso de definir a atipicidade do aborto praticado até o 3º mês de gestação e definição dos requisitos para ocupação dos cargos de chefia e direção do Poder Legislativo (casos analisados pelo STF).

O esgotamento deste modelo deu-se, sobretudo, após a Alemanha Nazista, demonstrando que não bastava para o Estado o mero respeito as normas, posto que legalmente válidas, se estas não forem, ao mesmo tempo, justas. Introduziu-se, com o pós-positivismo, a reintrodução das ideias de justiça e legitimidade.

Assim o Poder Legislativo passa a ser efetivamente igualado ao Poder Executivo e Judiciário, passando a lei a poder ser formal e materialmente passível de limitação, evidenciando a mudança de paradigma até então existente.

No Brasil, embora outras constituições tenham previsto o controle de constitucionalidade, faz-se mister ressaltar o avanço democrático promovido pela Constituição de 1988 e legislações posteriores, as quais conferiram maiores autonomias ao Poder Judiciário, ocasionado o protagonismo deste último em questões afetas a área jurídico-política do Estado Brasileiro. Esta judicialização da política, por evidente, tem ocasionado tensões entre os poderes, evidenciando a necessidade da análise inicialmente proposta.

De lado outro, mais em evidência na esfera criminal, rotineiramente tem-se notícias de que a efetivação do ordenamento jurídico tem se mostrado popularmente questionável, vez que a população, adormecida no seu estado de inação republicana, não consegue promover a cobrança daqueles que deviam proteger de forma legiferante os seus interesses. Em outras palavras, há evidente crise de representatividade no Estado Democrático, a qual ocasiona reflexos prejudiciais ao Poder Judiciário, pois a este cumpre, tão somente, a interpretação do ordenamento jurídico, não podendo inová-lo, salvo algumas estritas hipóteses.

---

<sup>1</sup>Adi n.1063-8-DF, Voto Ministro Celso de Mello: “A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser usada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador Positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar”.

<sup>2</sup>DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador Negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano, n.15, p.91-116.

Assim, tem-se afirmado que o Poder Judiciário tem “lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando dogmática fluida, com elevado grau de liberdade<sup>3</sup>” e que as decisões do sodalício “vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”. Por outro lado, não pode o Poder Judiciário de furtar-se do conhecimento das questões que lhe são submetidas, devendo aplicar o ordenamento jurídico, ainda que contra os anseios na população ou dos demais Poderes, como forma máxima de dar efetivos contornos aos princípios fundamentais consagrados na Carta da República.

Isto porque, a Carta da República não pode ser relegada a mera carta de intenções, cujos direcionamentos constituam verdadeira letra morta sem efetiva atuação e influência no ordenamento jurídico e na vida em sociedade.

A história da jurisdição constitucional e o atual ordenamento jurídico requerem, como se demonstrará, atitude ativa do Poder Judiciário, implementando as normas ao custo político e jurídico que se efetivar o direito sob os cânones da justiça, rezando pela higidez dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta da República.

Com estas considerações, busca-se verificar no presente estudo se o STF tem verticalizado a interpretação dos princípios e direitos fundamentais, interferido no âmbito de atuação de outros poderes no intuito de intensificar os valores e objetivos constitucionais, promovendo, em decorrência, o ativismo judicial<sup>4</sup>, afastando-se do ideal da escola de jurisdição constitucional kelseniana, a qual consagra, por excelência, o modelo de legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*), vez que enquanto guardião da Constituição, o Poder Judiciário seria o responsável tão somente por tirar a vigência das leis do ordenamento, legislando de forma negativa.

Entrementes, conquanto haja a efetiva preocupação quanto aos limites da atividade da

---

<sup>3</sup> ex-Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT/PI) - PEC n. 33/2011 [propositura arquivada].

<sup>4</sup>“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.09.

jurisdição constitucional, faz-se mister analisar a necessidade da verticalização da supremacia da constituição, de forma a descobrir se a tutela e guarda da Constituição Federal visa, precipuamente, assegurar que os princípios e valores inerentes a Carta da República sejam efetivados e concretizados na vida dos cidadãos<sup>5</sup>. De modo que os direitos seriam garantias dos cidadãos que devem inexoravelmente serem respeitadas pelo Estado Brasileiro, independente se tal função é típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário<sup>6</sup>.

Inexoravelmente, a discussão que se trava é se a Suprema Corte ao verticalizar a aplicabilidade dos princípios e direitos fundamentais estaria legislando ou meramente interpretando conforme a constituição, pois conforme reafirmado por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>7</sup>, os direitos fundamentais não devem responder à justiça em abstrato, não podendo mais ser disfarçado que vivemos “um mal-estar constitucional”<sup>8</sup> já que o Estado de Direito Democrático não se efetivou para boa parte da população, surgindo deste fato, mas não isoladamente, o poder/dever da Corte Suprema em reduzir a defesa da Constituição ao aparato instrumental, implicando não somente na tarefa de conservar direitos, mas também de realizá-los.

Sem embargo da concepção de que por vezes o enfrentamento de temas polêmicos é relegado a segundo plano pelo legislador derivado, o Supremo Tribunal Federal tem verticalizado a interpretação dos princípios e normas idealizadoras dos direitos e garantias fundamentais pelo sistema jurídico, adotando papel que ultrapassa a mera representação de atividade legislativa negativa.

E nesta análise da verticalização dos direitos de primeira, segunda e terceira geração, será necessário entender que o Supremo Tribunal eventualmente contraria os interesses da maioria legislativa, ocasionando a discussão sobre a legitimidade das suas decisões, pois tanto na Corte Constitucional quanto nas Casas Legislativas as teses vencedoras ganham por *quorum*

---

<sup>5</sup>ARABI, Abhner Youssif Mota. Ascensão do Judiciário e tensão institucional: Judicialização, ativismo e reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). Texto disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14457>; acesso em 10 de fevereiro de 2017.

<sup>6</sup>“Se o Legislativo e o Executivo não forem capazes sozinhos de garantir direitos civis, é bem-vindo um órgão sem membros eleitos a velar pelas obras institucionais” Ministro do STF Luiz Fux. Discurso de Posse do Ministro Joaquim Barbosa como Presidente do STF em 22/11/2012.

<sup>7</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2002.p.1386. Apud FACHIN, Edson Luiz. O Supremo Tribunal Federal e a Jurisdição Constitucional: da Preservação à Justificação Material dos Direitos, p.691.in Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições/ Clémerson Merlin Clève, Alexandre Freire coordenação. - 1. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>8</sup>BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



e não qualidade<sup>9</sup>.

O presente trabalho busca assim, oferecer um panorama sobre a influência dos direitos fundamentais na verticalização da interpretação constitucional, promovendo a ponderação entre direito e moral, buscando apurar em suporte jurídico a necessidade do neoconstitucionalismo, seus atuais entraves ao Estado Democrático de Direitos e os fundamentos filosóficos e históricos da referida discussão (direito x moral).

## **2. A separação entre direito e moral.**

A discussão entre direito e moral talvez seja uma das mais antigas do mundo jurídico, tendo origem na Grécia e foi efervescida no Século XX, principalmente em virtude dos debates entre os principais expositores da questão, Ronald Dworkin e H.L.A. Hart, tema que merece estudo próprio e desde já se sugere ao leitor.

Em linhas gerais, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, a questão assume relevância ante o entendimento de que a moral é um sistema normativo autônomo, individual de cada sujeito e criado individualmente pelo próprio indivíduo em face da sua própria consciência. Assim, diferencia-se do direito, o qual possui caráter público, geral e abstrato, estando interligado entre os demais indivíduos em virtude de agente externo à vontade do próprio sujeito. Evidencia-se, assim, que direito e moral não caminham necessariamente juntos.

Essa dicotomia é sintetizada por Kant, ao afirmar que a autonomia de vontade (*autonomie des willens*) é a principal característica distintiva da moralidade, pois ela consiste em ser lei pra si mesma, sem depender de fatores externos para sua convalidação. Assim, a mesma possui autonomia própria, sendo incoercível.

O direito, por sua vez, é bilateral, vez que impõe um dever jurídico a determinado alguém, atribuindo-lhe direito ou poder subjetivo a outrem, possuindo como principal característica a coercitibilidade, designando a capacidade de coagir alguém em respeito ao cumprimento das normas.

---

<sup>9</sup>(...) parece tão estúpido – contar cabeças e deixar um único voto marginal decidir questões, quando o que está em jogo é um grande problema de princípio ou de algum assunto complexo da política. Isso contrasta com o elaborado processo deliberativo das cortes, nos quais os motivos e razões para uma decisão são incorporados no argumento que aparece em julgamento escrito. Um contraste desse tipo é, por vezes, tomado como base para justificar o *judicial review* nos EUA, e para argumentar a favor de mudanças constitucionais que tornariam a legislação vulnerável a um *judicial review* no Reino Unido e em outros lugares. É certo que tal argumento é geralmente utilizado sem muita atenção para o real comportamento dos tribunais. Alguém preocupado com o procedimento do voto também deveria ser influenciado pelo fato de que os votos de cinco ministros derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA, não importando a qualidade ou os argumentos por estes levantados. (WALDRON, 2004, p.26; tradução livre).

A questão mostra-se relevante ao presente trabalho, eis que deve ser estabelecida premissa a fim de possibilitar o entendimento acerca da validade da interpretação constitucional a ser concedida caso a caso, a fim de apurar se a mesma deverá ser fundamentada em critérios morais de justiça ou lastreados unicamente no direito, este entendido como norma jurídica posta.

## **2.1 O direito antigo, contemporâneo e a ideia de Justiça.**

Como ponto de partida, rememoramos que no direito Greco-Romano calcado pelo critério do direito natural (*jus naturalismo*), os mitos consubstanciavam os costumes e serviam como fonte de profusa e animada elaboração jurídica, vez que a consciência ética e a índole do povo grego estavam entrelaçados aos seus hábitos e costumes.

Seus cidadãos possuíam, assim, sentimento conjugado de justiça, não bastando o mero estudo formal da lei e o que ela dispõe, precisando saber qual a reação causada ao povo para a qual se dirigiu, os efeitos que causou e se realmente chegou a ser utilizada com proveito (*Stuli sul processo attico. Adova: Cedam, 1993. p.4-5*).

Certo é, que nos poucos documentos encontrados relativos ao ordenamento jurídico grego, a ideia de justiça estava-se atrelada a questão da moral, do que efetivamente se acha certo no bojo da sociedade e deveras era refletido pelo direito natural. Neste mesmo sentido, são as lições de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *verbis*: “De qualquer modo, pode-se dizer que há no direito ático a presunção de uma quase impossibilidade da lei iníqua, uma presunção tal de justiça da lei que, de certa maneira, embaçou entre os gregos a distinção de direito e moral”.<sup>10</sup>

Apesar de muitas semelhanças com o direito natural em relação a justiça, é no Mundo Grego que ocorre a cessão do direito da religião e passa a se tornar lei (*nómos*). Apesar disso, pôr na maioria serem criadas pela própria deliberação coletiva, as normas agora escritas não abandonaram a necessidade de serem justas, podendo se falar em unidade política-jurídica-ética.

Esse direito natural devia ser tal que o direito positivo devia observância a ele, podendo, em caso de desconformidade, ser injusto segundo os critérios da justiça natural e imutável. Grande exemplo grego de tal questão foi o Mito de Antígona, onde a personagem que dá nome ao mito confrontou Creonte (Imperador) quando o mesmo negou as honras e sepultura a um de

---

<sup>10</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

seus irmãos, contrariando a lei divina (direito natural).

Tal pensamento permaneceu até a queda do Império Romano do Ocidente, notadamente com a escolástica de São Tomás de Aquino, o qual entendia que uma lei injusta não é o direito no sentido ético, sendo-o, porém, no sentido normativo, não cogitando-se da sua nulidade. A bem da verdade, Tomás de Aquino classificava as leis como eternas, natural e humano-positiva.

A primeira, refere-se ao plano da divina sabedoria, dirigindo todas as ações e movimentos e não sendo conhecidas pelo homem, de modo que a sua manifestação é revelada pela lei natural. A segunda, referia-se a razão natural, aquela que permite ao homem descobrir o que é bom ou mau, manifestando-se pelo ser humano, pelas suas tendências e inclinações através das leis eternas. Mas, nenhuma das duas seriam o suficiente, para Aquino, se não viessem espelhadas pelas leis humanas-positivas. Ao lecionar sobre o tema, assim menciona Luiz Carlos de Azevedo, a saber:

Enquanto a lei natural abrange princípios e normas de caráter geral, a lei positiva, emanada da autoridade, procurará encontrar soluções para hipóteses mais restritas e concretas, afastando as dúvidas que aquela não resolveu. E porque é lei proveniente da autoridade colocada no poder, dispõe de força coativa, destinando-se a assegurar a ordem e a justiça na sociedade que vige. Não obstante, a lei humano-positiva deve estar sempre em consonância com a lei natural; e, em terceiro estágio, com a lei eterna; porque, se estiver contra uma e outra, não será lei, mas apenas uma aparência desta<sup>11</sup>.

Hodiernamente, entretanto, após as discussões travadas entre Hebert Hart e Ronald Dworkin, a questão foi reelaborada, apresentando grande influência na análise do direito atual.

Neste sentido, iniciando-se por Hebert Hart, o mesmo pondera a questão da moralidade no direito embora não elabore uma tese consistente da justiça. Para o Autor, o direito positivo em evidência possui conteúdo mínimo de direito natural, mas esta não é decisiva e necessária para a validade do direito. Para o mencionado Autor:

É importante frisar que essa interpretação traça uma conexão racional evidente entre os fatos naturais e o conteúdo das normas jurídicas e morais, já que é possível e importante examinar formas bem diferentes de conexão entre os fatos naturais e as normas jurídicas ou morais.

(...)

Nenhum “positivista” poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida.

---

<sup>11</sup>AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à história do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

(...)

Ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária ou da dedução “mecânica” a partir de normas de significado predeterminado. Com muita frequência, sua escolha é guiada pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos.<sup>12</sup>

Em sua obra, o Autor mencionado pondera a necessidade de que a ligação entre o direito e a moral equivale a “*simples afirmação de que um bom sistema jurídico precisa adaptar-se em certos pontos*”, à míngua das exigências da justiça e da moral. Mas é preciso lembrar que para Hart, há várias relações contingentes entre o direito e a moral, não havendo uma conexão conceitual necessária entre os conteúdos.

Isto é, para Hebert Hart ao contrário de Dworkin, disposições iníquas podem ser válidas como normas ou princípios jurídicos, de forma que o direito pode ser completamente destituído de força moral. E assim menciona o Autor, a saber:

Assim, sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem a atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe dos méritos morais das leis. Portanto, não é verdade que os enunciados de direitos e deveres jurídicos só possam ter sentido no mundo real se houver alguma fundamentação moral para que se afirme a sua existência. (pag. 347)

Em contraponto, Dworkin argumenta que existe um abismo insuperável entre juízos deônticos e juízos de fato, sendo impossível a demonstração fática da validade deôntica de qualquer enunciado. Apesar de reconhecer a possibilidade de que algumas opiniões morais não possam ser cientificamente comprovadas, mas que as suas utilizações, principalmente nos *hard cases* devem influir uma interpretação que as concretize da melhor forma possível, igualmente ao proposto por Aristóteles.

Dworkin sintetiza a unificação das esferas de valor de uma sociedade (ética, moral, política e jurídica), entendendo que todas elas devem estar direcionadas a proporcionar a consolidação de valores de igualdade e responsabilidade, sendo está a única postura responsável, pois “*o que as preocupa não é se os juízos morais podem ser verdadeiros, mas quais juízos morais são verdadeiros; não é se podemos ter, mas se efetivamente temos boas razões para pensar o que pensamos*”. Para o Autor:

(...) poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como aprte da moral compreendida

<sup>12</sup>HART, H.L.A. O Conceito de Direito. 1ª edição. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2009.

em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais.<sup>13</sup>

Certo é, que respeitadas as contribuições que ambos os autores prestaram à ciência jurídica, sabe-se que nas sociedades contemporâneas, inclusive nas questões de princípio, há desacordos infundáveis entre juriconsultos e membros da sociedade sobre os direitos que temos. Assim, ainda que todos agissem de boa-fé, sob o agir moral que cada um internamente possui, não haveria uma unidade de entendimento.

É certo, por sua vez, que a adoção de determinado ordenamento jurídico é uma opção moral da sociedade. Neste sentido, Raz<sup>14</sup> entende que o ordenamento jurídico modifica a relação dos seus membros com a moral de três diferentes maneiras, a saber:

- (1) Retirando a “conduta mais correta” a ser adotada: Ao legislar sobre determinada conduta, retira dos indivíduos as demais opções de conduta a ser adotada, de forma a substituir as razões morais pela lei, na formação do juízo.
- (2) Positivização de condutas morais: Ao prescrever normas públicas a sociedade permite a avaliação uniforme da conduta de seus membros, de forma a tornar mais justo o tratamento estatal entre os que não obedecem e os que obedecem às leis.
- (3) Concretização dos Objetivos morais: Segundo o Autor, com base no critério empírico, o Direito através dos anos conseguiu concretizar mais objetivos morais do que a própria “civilização moral”, aquela baseada por princípios e normas estritamente morais e costumeiras.

Neste sentido, convictos da relevância da contribuição do juspositivismo, conforme veremos no tópico a seguir, nos filiamos ao pensamento que defende que o direito consiste no respeito às regras, inclusive as principiológicas e as morais, sendo estas descritas não como os costumes, leis divinas, tradições e etc., mas nas leis legitimamente elaboradas dentro de macro sistema jurídico posto.

---

<sup>13</sup>DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

<sup>14</sup>RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. The Monist, v.68, n.3, p.188, 1985.

### 3. A FUNÇÃO DE GARANTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme mencionado, a Constituição de 1988 promoveu profundas mudanças na sociedade brasileira, declarando expressamente um vasto leque de direitos fundamentais. Estes direitos derivaram de meras influências externas, tendo sido adotados pela legislação pátria sem que antes o Brasil tivesse adotado o Estado Social.

Desta constatação, deflui-se que alguns direitos trazidos pelo legislador constituinte “ficaram no limbo entre a necessidade de efetivação da capacidade democrático-transformadora proposta e a planos político-jurídicos cimentados pelo modelo “pré-1988”<sup>15</sup>, impedindo que o Estado e o direito brasileiro dessem fluxo à transformação necessária para conformar-se em Estado Democrático de Direitos. Neste sentido, Lênio Streck subjetiva o Estado Social brasileiro como simulacro.

Evidencia-se entre a promessa e o plano fático que a formalização de direitos abstratamente não pode ser considerada como um fim último, mas como um primeiro momento e o esteio para efetiva aplicação e exigência do mesmo no bojo da sociedade. Neste sentido, menciona Daniel Amorim de Assumpção Neves:

Tradicionalmente a jurisdição (juris-dicção) era entendida como a **atuação da vontade concreta do direito objetivo** (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam que essa atuação derivava da sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen). Contemporaneamente, notou-se que tais formas de enxergar a jurisdição estavam fundadas em um positivismo acrítico e no princípio da supremacia da lei, o que não mais atendia as exigências de justiça do mundo atual. Dessa forma, autorizada doutrina passa a afirmar que a jurisdição deveria se ocupar da criação no caso concreto da norma jurídica, resultado da aplicação da norma legal à luz dos **direitos fundamentais** e dos princípios constitucionais de justiça. Reconhece ainda essa nova visão da jurisdição que não adianta somente a edição da norma jurídica (juris-dicção), sendo necessário tutelar concretamente o direito material, o que se fará pela execução (juris-satisfação) (grifos do autor)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup>MORAIS, Fausto Santos de e BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (organizadores). A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.3.

<sup>16</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. Salvador: JusPODVIM, 2016.

E neste sentido, verifica-se que a Constituição de 1988 estipulou direitos e garantias fundamentais, tal como a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e etc., e estes direitos, como categoria normativa, se não concretizados, podem ser reportados ao Poder Judiciário que, face o princípio da inafastabilidade da jurisdição, poderá sindicá-los, agindo como um controlador das promessas constitucionais, sendo o E. Supremo Tribunal Federal o órgão máximo do Poder Judiciário, a quem compete o exercício da jurisdição constitucional.

Esta atividade do Estado é conceituada, por nós, como a função jurisdicional responsável pela tutela das diversas situações jurídico-políticas cujo conflito decorre de norma, princípio ou interpretação do texto constitucional. Para melhor compreensão, porém, citamos o conceito ofertado por Canotilho, a saber: “Consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade”.<sup>17</sup>

Em complemento, José Afonso da Silva, assegura à jurisdição constitucional a observância pela supremacia dos preceitos constitucionais, salvaguardando **todos** os seus conflitos, devendo ser conceituada em sentido estrito e em sentido amplo, a saber: Em sentido estrito, jurisdição constitucional consiste na entrega aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição. E, mais amplamente (sentido próprio), é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais<sup>18</sup>”.

E eventualmente a atividade da jurisdição constitucional ocasionará na interferência da esfera de atuação de outro Poder, seja por intermédio do controle de políticas públicas ou da atividade de criação das normas. A efetivação das normas e princípios elencados na Constituição da República de 1988 não transige com o exercício ou omissão arbitrária de qualquer um, possuindo as disposições constitucionais incidência transversal e vertical sobre todo o ordenamento jurídico.

A essa interferência do Poder Judiciário para efetivação das políticas públicas dá-se o nome de judicialização da política, a qual deve ser ponderada sob diversos aspectos, tal como reserva do possível e mínimo existencial, mas também deve o ser em referência a ela mesma,

---

<sup>17</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 905

<sup>18</sup>SILVA, José Afonso. **Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil**. Revista do Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, p. 9. Disponível em: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_003\\_009.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_009.pdf) (acesso em 15 de novembro de 2017).

ou seja, na possibilidade do judiciário em criar direitos a partir da omissão do titular do direito, afastando-se do mito do legislador negativo.

Não se pode afastar do entendimento que sendo a Constituição Federal um ordenamento jurídico que apresenta direitos e garantias fundamentais oponíveis ao próprio Estado e competir à Jurisdição Constitucional a análise de todos os temas e casos questionados face à Constituição Federal, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, os casos que forem submetidos ao Supremo Tribunal e cuja a análise lhe for competente, deverão ser analisados sob a máxima efetivação dos princípios e normas constitucionais, prezando pela moralidade e proporcionalidade do ordenamento jurídico.

Neste sentido, Fausto Morais e José Bortoloti mencionam, citando as lições de Gilmar Mendes (p.118):

Deve o Estado, portanto, o possível para proteger os direitos fundamentais como bens jurídicos que devem ser preservados contra violações e ameaças antijurídicas, não se conformando somente aos tradicionais direitos negativos de proibição de intervenção (Eingriffsverbote), mas assumindo, como diz Mendes, um postulado de proteção (Schutzgebote), implicando tanto na proibição do excesso (Über-massverbot) quanto na proibição de omissão (Unter-massverbot).

Denota-se, pois, que a Constituição da República de 1988 conferiu significado ímpar aos direitos fundamentais, principalmente quando se verifica ter criado a possibilidade de interposição de mandado de injunção para sindicância de omissões legislativas, possibilitando a Jurisdição Constitucional a criação de normas abstratas, gerais e cabíveis com efeito *erga omnes*<sup>19</sup>.

Rui Mendes, ao manifestar-se sobre o tema em referência, qual seja, a atuação positiva das Cortes Constitucionais, notadamente em referência à Constituição de Portugal, assim posicionou-se:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se coerentemente ao movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

---

<sup>19</sup>Como referencial teórico, menciona-se o julgamento da medida liminar da Reclamação Constitucional n. 6.200-0/Rn, no qual o STF reforçou os efeitos *erga omnes* decorrente da dimensão objetiva das decisões nos MI n. 670/ES, 708/DF e 712/PA, relativo ao direito de greve no funcionalismo público.



Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer prelamamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social<sup>20</sup>.

Afirma-se, com estas considerações, que a necessidade de interpretação fluida dos direitos fundamentais surgiu do próprio sistema, ante a necessidade de efetivação dos comandos que tratam de garantias de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vigência do Estado Democrático de Direitos.

Desta feita, deve a Corte Suprema efetivamente atuar, como garante que é, a fim de oportunizar a efetivação dos direitos fundamentais e da legítima interpretação da constituição com base nas suas bases normativas e principiológicas para todo o ordenamento jurídico. Para Luis Roberto Barroso, as normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações por elas contempladas, passando a Constituição a “ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais<sup>21</sup>”.

#### **4. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO**

No Seculo IX, inicialmente na França com a publicação do Código Civil Francês em 1804, houve uma crescente necessidade de estabelecer a hegemonia do direito do Rei, o qual convivia lado a lado com o direito canônico e com o direito costumeiro. Anteriormente, a hegemonia do direito real representava mero acordo entre clero, nobreza e Rei, a qual estabelecia a hegemonia deste último, com espaço para privilégio dos outros.

Com os Despostas Esclarecidos, forma de governar característica da Europa Continental da segunda metade do século XVIII, houve uma crescente manifestação pelo progresso e pela

---

<sup>20</sup>MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pag. 493-494.

<sup>21</sup>BARROSO, Luís Roberto e BARCELOS, Ana Paula de. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010. Pag. 273.

reforma, no sentido de empregar as ideias dos filósofos iluministas, fortalecendo o direito real e limitando o direito canônico, romano e consuetudinário.

Com a chegada de Napoleão ao Poder e a criação do código civil francês - 1804, o Direito Real passou a ser o único válido, sendo possível mencionar o monopólio do direito estatal legislado. Objetivou-se assim, promover eliminar a influência do jusracionalismo oitocentista (liberalismo) na aplicação do direito, posto que as cortes eram vistas como resquícios do regime absolutista<sup>22</sup>. Neste sentido, menciona Costa (2008, p.28):

um jusracionalismo muito livre transformava-se em um elemento de instabilidade, pois os juristas vinculados a essa corrente poderiam buscar, individualmente, os princípios do direito natural e, com isso, sobrepor as regras que encontrasse (ou pensasse encontrar) ao direito positivo imposto pelo Estado. Com isso, o jusnaturalismo de combate que animou os revolucionários precisava ser convertido em um jusnaturalismo conservador, que justificasse a ordem de poder instaurada pela revolução.

Assim, foi-se abandonando a ideia do direito natural enquanto fundamento da ordem positiva, pois somente o legislador poderia revelar os princípios de justiça presentes na natureza e transformar tal concepção em norma.

Com o movimento constitucionalista moderno, surgiu a necessidade de que a Constituição fosse entendida como norma hipotética fundamental<sup>23</sup>, a qual deveria ser o esteio de todo o ordenamento jurídico sendo norma pressuposta, cuja a validade é por ela mesmo fundamentada. O que se fundamentou como necessário, era que o direito fosse analisado como ciência, tendo Kelsen procurado aplicar o método das ciências exatas as ciências sociais, ante a valoração do conhecimento proveniente da razão.

Deflui-se desta necessidade de aplicação da razão, que o positivismo jurídico exacerba qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica, vez que somente “é” o que pode “ser” comprovado racionalmente. O direito é, portanto, o que efetivamente encontra-se amparado por norma, independente da questão atinente à moral ou a ética.

---

• <sup>22</sup>COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. Publicado em 2008. Acesso em 30 de outubro de 2017.

<sup>23</sup> “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta” (KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria Pura do Direito* [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 1998 )

Neste sentido, citamos a lição de Elival Ramos, o qual sintetiza a posição do positivismo jurídico frente ao estudo do direito, a saber:

[...] parte da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito. O objeto da Dogmática Jurídica para os positivistas são as normas vigentes em um determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina. Nas palavras de Norberto Bobbio, dessa atitude frente ao fenômeno jurídico “deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo”

Conforme retrospecto histórico, era importante, portanto, resguardar-se os direitos e deveres do Direito Real, não baseados na lei divina, negando quaisquer possibilidades de vinculação do direito com a moral ou com a ética. Esta visão ficou evidenciada com a “teoria pura do direito”, de Kelsen, reduzindo o direito a uma lógica jurídica formal, independentemente das consequências e acontecimentos decorrentes da sua aplicação (“procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito. Mas já não lhe importa a questão a saber como deve ser o direito”).

Outros doutrinadores também podem ser citados para comprovar tal alegação. Para Austin (Austin, John apud Dimoulis, Dimitri, 2006, p.101), tal como entende Hobbes, nenhum direito positivo é injusto. Para o Autor, “a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito, outra coisa. (...) O direito que efetivamente existe é direito, mesmo se não o aprovamos”.

A fim de fixar os contornos sobre a corrente filosófica, assim assinala Walber Agra:

Com o escopo de vedar interferências valorativas de outros subsistemas sociais, afetando a autonomia jurídica, o positivismo repugna a utilização de vetores axiológicos na aplicação legal, em razão de que um dos cânones do positivismo é a separação entre direito e moral (...) As normas devem ser concretizadas a despeito de seu conteúdo, haja vista que o operador deve ser neutro em relação aos resultados produzidos. O princípio da neutralidade, que permeia as operações jurídicas, faz com que o aplicador não se preocupe com o conteúdo legal, bastando prestar atenção aos requisitos formais de validade e se o *due process of law* for seguido<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup>AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008.

No mesmo sentido, o juspositivista francês Raymond Carré de Malberg (1861-1935), observou que “não cabe ao jurista redesenhar o mundo jurídico, mas tão somente constatar como este mundo é feito”.

Entretanto, o positivismo jurídico mostrou-se insuficiente para assegurar a validade do ordenamento jurídico ante o dever social que a norma devia possuir. Para os juspositivistas, a norma somente possuía uma única escolha de interpretação, o que não era seguido por Kelsen, que adotava um positivismo exegético. Para o Autor:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.

Reduzia-se a atividade jurisdicional a mera atividade pura e mecânica de dizer o que a lei diz, ignorando a convicção pessoal do magistrado, o elemento voluntarístico e discricional da sua escolha.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a queda do fascismo na Itália e o Nazismo na Alemanha, houve uma necessidade de apego as questões morais e éticas da sociedade, resultando em uma nova concepção do ordenamento jurídico e nova conceituação do próprio Direito. Neste sentido, citamos o Professor Luis Roberto Barroso, a saber:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.247.

Assim deu-se origem a discussões que posteriormente criaram a Teoria Crítica do Direito, a qual sob influência marxista, objetivava entender o Direito com instrumento político de controle social, de forma a reconstruí-lo a maneira que tivesse por objetivo os valores humanos de bem comum.

Esse movimento culminou com a redefinição da constituição e a influência do direito constitucional sob as diversas instituições. Barroso relembra que com a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) foi agregado novo debate sobre o direito constitucional, tornando a Constituição instrumento jurídico e não somente político, subordinando às circunstâncias do Parlamento e da Administração.

No Brasil, esta nova concepção foi capaz de transformar a sociedade somente na década de 80, libertando-se do regime autoritário que por aqui permaneceu durante 22 (vinte e dois) anos. Vivemos uma modernidade tardia ocorrida não sob a forte influência de ideais europeus, conforme salienta o Professor Barroso, a saber:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento, ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se mantinha em relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Também sobre o tema, contribuindo com a forma que se deu a mudança de paradigma, assim leciona Cappelletti:

Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao case law, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim

o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência mostra que tal abertura sempre ou quase sempre está presente [...] <sup>26</sup>

Assim, como vemos no tópico retro, foi legitimada a gerência da jurisdição constitucional, tendo sido consagrados direitos e deveres fundamentais presentes no ordenamento jurídico. Frisa-se que foi o próprio ordenamento que ocasionou o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, conforme leciona Écio Duarte e Susana Pozzolo:

A tese que pretendo sustentar afirma que as exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo são estreitamente dependentes do modo em que tal doutrina concebe a Constituição. Sustento que o modo de interpretar a Constituição é estreitamente relacionado com o modo de concebê-la, isto é, a metodologia interpretativa e suas exigências conexão não dependem da configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira, mas sim de uma específica reconstrução neoconstitucionalista, em particular, da adoção do modelo prescrito da Constituição como norma; e a partir daí derivam critérios interpretativos específicos, úteis para caracterizar a mesma doutrina neoconstitucionalista <sup>27</sup>.

Para justificar tal entendimento, os Autores citam que a positivação de princípios permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo no direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral. Os princípios constituem, sob esta visão, verdadeira instância moral positivada, transformando a justiça como um dos elementos de validade do direito positivo.

## CONCLUSÃO

Conforme visto, este trabalho acadêmico objetivou promover a breve análise dos efeitos decorrentes da positivação dos direitos fundamentais, evidenciando o descompasso do mito do legislador negativo com o Estado Democrático de Direitos.

Para tanto, utilizamos do retrospecto jurídico a fim de evidenciar ao leitor a existência de forte debate que entendia que o direito e a moral são faces distintas da mesma moeda,

---

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

<sup>27</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.** 2 ed. São Paulo: Lady Editora, 2010.

inclusive relembrando que no período do direito não escrito e no início da positivação do direito, não havia esta dicotomia entre direito e moral, ante a necessidade de alcançar a justiça.

Entretanto, ante a necessidade de proteger as liberdades individuais e limitar o arbítrio do governante, houve a necessidade de positivizar as normas jurídicas e estabelecer a diferença entre a moralidade, o direito e a justiça, a fim de conferir validade e legitimidade a toda norma que, independente das suas consequências jurídicas, fossem formalmente válidas.

Hodiernamente, frente a crise do positivismo jurídico e a necessidade de aperfeiçoamento da ciência jurídica, evidencia-se que a moral jurídica exerce grande influência no ordenamento jurídico, sendo representada pela valoração da proporcionalidade e racionalidade, a fim de dissipar normas iníquas e ponderar princípios, a fim de obter a melhor aplicação do ordenamento jurídico.

Do mesmo lado, abandonou-se o mito do legislador negativo, possibilitando ao judiciário a efetiva preocupação com o caráter finalístico da norma constitucional, promovendo o enlaçamento entre os conceitos de justiça e moral, de forma a justificar e exigir interpretação neoconstitucional, em estrita observância ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, ante a transcendência das normas constitucionais, as quais emolduram todo o ordenamento jurídico pátrio, não é mais possível o estabelecimento de normas iníquas e abusivas, nem o direito transige com a omissão dolosa do Poder Legislativo, de forma que compete ao Judiciário, quando devidamente acionado, assegurar o efetivo cumprimento das normas constitucionais, ainda que para tal desiderato, deva atuar positivamente, criando direitos e inovando no ordenamento jurídico.

## **6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Ascensão do Judiciário e tensão institucional**: Judicialização, ativismo e reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). Texto disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14457>; acesso em 10 de Outubro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Alberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

**Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**

Vol. 9. Nº 1, Janeiro – Junho/2024.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. av.**, vol. 18, nº 51, São Paulo, Agosto de 2004. Disponível em [www.estig.ipbeja.pt/ac\\_direito/bonavidesjc.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/ac_direito/bonavidesjc.pdf), acesso em 11 de Outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm), acesso em 10 de outubro de 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/texto/1904>, acesso em 14 de Outubro de 2017.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2 ed. São Paulo: Lady Editora, 2010

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador Negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano , n.15, p.91-116.

FACHIN, Edson Luiz. **O Supremo Tribunal Federal e a Jurisdição Constitucional: da Preservação à Justificação Material dos Direitos**, p.691.in *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições/ Clémerson Merlin Clève, Alexandre Freire coordenação*. - 1. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 1ª edição. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans.**A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti et al.São Paulo: Martins Fontes, 2000.



**Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**

Vol. 9. Nº 1, Janeiro – Junho/2024.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 10 ed., rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2015. - Série IDP.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. - 2.ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

RAZ, Joseph. Authority, **Law and Moraliy**. The Monist, v.68, n.3, p.188, 1985.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa**. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Ano 1996, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>, acesso em 11 de Novembro de 2017.

SILVA, José Afonso. **Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil**. Revista do Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, p. 9. Disponível em: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_003\\_009.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_009.pdf). acesso em 15 de novembro de 2017.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.33 *apud* BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo p.755.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 40ª Ed. 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado: ciência política**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Data de submissão: 10 de junho de 2024.

Data de aprovação: 23 de agosto de 2024.