XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

ZENILDO BODNAR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Angela Araujo Da Silveira Espindola; Celso Hiroshi Iocohama; Zenildo Bodnar.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-606-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) de Artigos denominado “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I” do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriú - SC , com a temática “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio institucional de importantes centros de ensino nacionais e estrangeiros.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito processual, apresentados, discutidos e debatidos pelos autores, pesquisadores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

“A (in)eficiência processual: o juiz-robô como meio de solução à crise da jurisdição?” artigo de autoria de Mahira Cardoso de Afonso Bonotto, Mateus Rech Graciano dos Santos e Angela Araujo Da Silveira Espindola busca dialogar sobre a Teoria da Decisão diante da virada tecnológica, identificando os pontos cegos das propostas que defendem o solucionismo tecnológico para a crise do poder judiciário, em especial o uso da inteligência artificial como ferramenta capaz de maximizar a tomada de decisões.

Mahira Cardoso de Afonso Bonotto, Angela Araujo Da Silveira Espindola e Cristiano Becker Isaia desenvolvem importante pesquisa sob o título “Sociedade em rede e processo jurisdicional: a impossibilidade da resposta correta a partir do uso da inteligência artificial. A discussão confronta a virada tecnológica no processo com a dificuldade de construirmos uma teoria da decisão no direito brasileiro.

No artigo “Visual law e legal design: mecanismos para a efetivação da participação dos interessados difusos e coletivos nas ações coletivas”, os autores Naony Sousa Costa Martins , Fabrício Veiga Costa , Rayssa Rodrigues Meneghetti problematizam o impacto da utilização do legal design e do visual law, institutos do direito hipermodal, enquanto mecanismos aptos

a oportunizar uma efetiva participação dos interessados difusos e coletivos na construção dialógica do provimento de mérito nas ações coletivas. A pesquisa entende que ações coletivas são demandas que devem oportunizar a participação ampla e irrestrita dos interessados difusos e coletivos na construção do mérito processual por meio de temas.

Os autores Fabrício Veiga Costa , Naony Sousa Costa Martins , Rayssa Rodrigues Meneghetti, no artigo intitulado "Processo eleitoral como processo coletivo: o problema da restrição do cidadão para agir na ação de impugnação de mandato eletivo" partem da compreensão do processo eleitoral como processo coletivo, com atenção especial à AIME – ação de impugnação de mandato eletivo. Para os autores, carecemos de uma significativa mudança com vistas a instituir uma teoria democrática para o processo eleitoral.

"A efetividade do protesto da sentença arbitral", artigo de autoria de Ronan Cardoso Naves Neto, Marina Araújo Campos Cardoso e Ricardo Dos Reis Silveira, defende a importância do protesto extrajudicial como instrumento que potencializa a efetividade do sentenças arbitrais, principalmente pela rapidez e menor onerosidade ao credor e contribuiu com a desjudicialização.

Valmir César Pozzetti, Ricardo Hubner e Marcelo José Grimone escrevem sobre "A importância e os parâmetros para o cumprimento do princípio da adequada fundamentação das decisões judiciais com a finalidade do controle endoprocessual" e concluem que a adequada fundamentação das decisões judiciais é essencial para o controle endoprocessual, especialmente a partir da atenta análise do caso concreto.

"A que se busca dar acesso? Uma análise do jus postulandi no juizado especial cível". Com esta instigante indagação Lorenzo Borges de Pietro conclui que a complexidade do processo judicial compromete princípios dos juizados especiais e que a existência do jus postulandi garante apenas um acesso ao judiciário e não o acesso à justiça, a qual necessita de uma representação advocatícia em sentido amplo para ser concretizada.

Danilo Scramin Alves, Leonardo Fontes Vasconcelos e Lucio de Almeida Braga Junior, escrevem sobre tema atual envolvendo a validade do mandado citatório realizado por meio do whatsapp frente aos princípios do processo do trabalho. A partir da perspectiva principiológica concluem que o direito brasileiro já autoriza que a citação seja realizada por meio dos aplicativos mensageiros.

Bruna Agostinho Barbosa Altoé e Dirceu Pereira Siqueira apresentam um panorama contemporâneo sobre a importância da oralidade na efetividade da justiça com o seu trabalho

“Alguns aspectos do princípio da oralidade para efetivação do acesso à justiça: uma análise pelo prisma dos direitos da personalidade”. Para tanto, descrevem as noções doutrinárias sobre o acesso à justiça e sua relação com a efetividade da jurisdição contemporânea, em atenção aos direitos essenciais previstos na Constituição de 1988.

Atentos às propostas dos anteprojetos em trâmite na Câmara dos Deputados que tratam sobre tutela coletiva - Projeto de Lei (PL) 4441/2020 e Projeto de Lei (PL) 4778/2020 – e seu contraponto com a aplicação da coisa julgada coletiva, Wendy Luiza Passos Leite, Juvêncio Borges Silva e Noéli Zanetti Casagrande de Souza apresentam seu trabalho sob o título “Coisa julgada nas ações coletivas e os anteprojetos sobre tutela coletiva, alertando sobre o retrocesso e os prejuízos deles decorrentes.

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes De Carvalho e Francisco de Assis Oliveira tratam das astreintes como ferramenta processual de acesso à justiça, tratando de suas congruências e incongruências, com a análise de suas consequências práticas e teóricas diante do universo jurídico pautado pelo atual Código de Processo Civil Brasileiro e as interpretações jurisdicionais sobre o tema.

Por derradeiro, Carolina Cotta Barbosa de Sa Alvarenga e Arthur Oliveira Lima Procópio apresentam o trabalho “Jurisdição policêntrica e comparticipativa: uma releitura da jurisdição no Estado Democrático de Direito” , por meio do qual se investiga a jurisdição dentro do contexto da adoção do regime político democrático e o rompimento com os ideais instrumentalistas e neoliberais e coloca em debate a centralização do poder na atividade do juiz.

Os coordenadores/organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Uma ótima leitura!

16 de dezembro de 2022.

Profa. Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola – UFSM

Prof. Dr. Zenildo Bodnar – UNIVALI

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

O NEOCONSTITUCIONALIMO E A CONSOLIDAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

THE NEOCONSTITUTIONALIMO AND THE CONSOLIDATION OF THE JUDICIAL POWER IN BRAZIL

Natércia Daniela Alflen [1]

Resumo

O estudo tem como presente assuntos que abrangem a temática do neoconstitucionalismo, o qual tem origem a ocorrência deste em outros países, como por exemplo a Alemanhã, após a 2º Guerra Mundial. É possível afirmar que tal movimento é recente em nosso país, tendo origem na constitucionalização em 1988 com a Constituição Cidadã tendo em vista a ascensão dos direitos fundamentais e o o conhecido efeito irradiação da Constituição Federal sobre as demais leis infraconstitucionais. A explanação sobre o tema é breve e sucinta, sendo necessário fazer um apanhado histórico cronológico iniciando pela constitucionalização do sistema, seguindo pelo tema do neoconstitucionalismo e por fim relacionar o tema do neoconstitucionalismo com a atualidade. Assim, um dos objetivos deste estudo é trazer como escopo as mais diferentes releituras do tema através de diferentes autores, clássicos e modernos. Desta forma, pode-se afirmar que a metodologia utilizada para redigir a presente pesquisa é a dedutiva, bem como pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Constituição cidadã, Atualidade, Direitos fundamentais, Efeito irradiação, Apanhado histórico, Neoconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The study has as its present subjects that cover the theme of neoconstitutionalism, which originates from its occurrence in other countries, such as Germany, after the 2nd World War. It is possible to say that such a movement is recent in our country, having its origin in the constitutionalization in 1988 with the Citizen Constitution in view of the rise of fundamental rights and the well-known irradiation effect of the Federal Constitution on other infra-constitutional laws. The explanation on the subject is brief and succinct, and it is necessary to make a chronological historical overview, starting with the constitutionalization of the system, following the theme of neoconstitutionalism and finally relating the theme of neoconstitutionalism with the present. Thus, one of the objectives of this study is to bring as a scope the most different reinterpretations of the theme through different authors, classic and modern. Thus, it can be said that the methodology used to write this research is deductive, as well as bibliographic research.Keywords: citizen constitution; present; fundamental rights; irradiation effect; historical catch; neoconstitutionalism.

---

[1] Advogada, especialista em processo civil e previdenciário pela faculdade Damásio de Jesus, mestranda em Direito pela Atitus. e-mail: natercialflen@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6269156387213472

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Citizen constitution, Present, Fundamental rights, Irradiation effect, Historical catch, Neoconstitutionalism

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda uma retorica iniciada no processo histórico de formação constitucional e democrática do Brasil, passando pelo constitucionalismo em si, que envolve a temática da irradiação da CF/88 sobre as demais leis infraconstitucionais e ascensão dos direitos constitucionais e fundamentais, por fim relaciona o tema com a atualidade.

Com constitucionalização do sistema enfatiza-se o sufrágio universal, secreto e direto da população para a escolha de seus governantes tendo no centro da normativa jurídica a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de março de 1988, sendo assim, peça principal para a construção do Estado Democrático Brasileiro.

Ainda neste primeiro capítulo evidencia-se as principais características e princípios dos direitos fundamentais, bem como se diferenciam as dimensões que eles abrangem e apresenta como funciona o controle de constitucionalidade no país.

Apesar do fato anteriormente relatado ter ocorrido depois da 2º Guerra Mundial (1945) foi esse fato que permitiu a ocorrência do Neoconstitucionalimo, uma vez que esse movimento surgiu na Alemanha e demorou alguns longos anos até desembarcar no Brasil, como explica o autor Carbonell no decorrer do texto.

A 2º Guerra Mundial foi considerada fato determinante para o movimento neoconstitucional emergir, pois, foi um massacre autorizado pela Constituição de Weimar, legislação Alemã da época, quando da aplicação estrita da lei. Contudo, originou-se uma visão de que apesar de lícito, não poderia ser considerado moral e ético, o movimento ampliava interpretação da norma, possibilitando ascendência do neoconstitucionalismo.

Verifica-se o conceito o termo, neoconstitucionalimo, sob a ótica de alguns autores, suas origens e marcos denominados teórico, filosófico e ideológico. Além disso, contrapõe as palavras positivismo e neoconstitucionalimo, observa-se que a primeira é a aplicação da letra fria da lei e o segundo uma dilatação na interpretação jurídica, circunstância que causa polêmica.

No terceiro capítulo aborda-se a relação do tema do pós-positivismo com a atualidade relacionando com o poder discricionário do juiz e a lei Mariana Ferrer. Salienta-se que a metodologia empregada para a realização do presente trabalho é a dedutiva com base

em pesquisa bibliográfica, assim sendo nas literaturas disponibilizadas na tão bem ministrada matéria de teoria do direito no Mestrado da instituição IMED.

O tema do pós positivismo é complexo, sendo esse um dos motivos pelos quais permite as mais diversas interpretações e diferentes leituras de qualificados autores, esses citados com o devido destaque. Assim, o texto que segue pretende analisar as causas e os efeitos ocorridos no constitucionalismo brasileiro em diferentes épocas.

2 BREVE RELATO SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO BRASIL

Em 1988, com a queda da ditadura militar, os governantes passaram a ser escolhidos através do sufrágio universal e secreto, voto direto dos cidadãos brasileiros. Ou seja, há apenas 33 anos o Brasil se tornou estado democrático de direito e passou-se a ter uma Constituição no centro do ordenamento jurídico. Assim, pode se afirmar que a CF/88 simboliza a transição para o modelo democrático

Essa Carta Magna, Constituição da República Federativa do Brasil, possui 118 artigos, sendo que os primeiros artigos são elementares, uma vez que tratam de direitos e garantias fundamentais, protegidas pelo Estado, sendo essenciais a uma vida digna e inerentes a pessoa humana.

Nesse sentido, verifica-se algumas das características dos direitos fundamentais: universais, imprescritíveis, inalienabilidade, relatividade, complementariedade, irrenunciabilidade, historicidade e inviolabilidade, dada a importância destes atributos no próximo parágrafo se explica cada um deles.

Quando se diz que os direitos fundamentais são universais quer dizer que eles são de natureza protetiva de modo a alcançar toda a população sem qualquer distinção. Sendo assim, quem detém titularidade é toda coletividade jurídica garantindo um sistema de igualdade na distribuição dos direitos fundamentais que não comporta discriminação de qualquer espécie, porém é mister salientar que nem todos os direitos são dotados de universalidade, podendo citar como exemplo os direitos trabalhistas, atinentes apenas aos trabalhadores. (FERNANDES, 2020 p. 385)

Já o princípio da imprescritibilidade impede que os direitos fundamentais prescrevam, podendo ser exercidos a qualquer tempo. Por natureza os direitos fundamentais são inalienáveis, entende-se que esses não podem ser negociados, ignorados e insatisfeitos.

Apesar de toda sua importância os direitos fundamentais não são absolutos, e portanto, caracterizam-se como relativos, isso quer dizer que sua aplicação não é irrestrita deve-se analisar o caso concreto, esse aspecto quer dizer que eles são relativos. Nesses termos, é comum em vários estudos sobre o tema (não sem críticas) a afirmação de que não podemos nos esconder sob o véu (ou atrás) de um direito fundamental para a prática de atividades ilícitas. Assim sendo, não haveria possibilidade de absolutização de um direito fundamental ("ilimitação" de seu manuseio) pois esse direito encontraria limites em outros direitos tão fundamentais quanto ele. (FERNANDES, 2020, p. 384)

Quanto a complementariedade entende-se que os direitos fundamentais agem juntos, portanto, se complementam, não podendo serem lidos isoladamente. Além disso, consideram-se irrenunciáveis, pois nenhum indivíduo pode abrir mão deles. Destaca-se que são considerados frutos de um processo histórico e por isso atribuem o caráter histórico a eles. E ainda, são invioláveis, desta forma, não podem ser desrespeitados por legislação ou legislador, poder público ou particulares, sob pena de nulidade. (FERNANDES, 2020, p. 384)

Como já mencionado anteriormente os direitos fundamentais são inerentes a pessoa humana, ou seja, eles não podem ser considerados concessões do próprio Estado e sim prerrogativas que acompanham o cidadão desde o seu nascimento, visando garantir as condições mínimas de vida de cada ser humano.

É interessante mencionar que os direitos fundamentais se dividem, ou melhor classificam-se em dimensões ou gerações, quais sejam, primeira, segunda, terceira e quarta, para que possam ser compreendidos de maneira mais adequada.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados à liberdade e a direito civis e políticos ou de oposição perante ao Estado, assim o titular do direito é o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção (FERNANDES, 2020, p. 365). Já a segunda dimensão trata dos direitos de sociais, culturais e econômicos, assim chamados de socias pela perspectiva coletiva igualdade, protege então trabalho e educação. Supostamente, abraçariam a noção de igualdade dos indivíduos que compõem uma dada sociedade, recebendo previsão normativa nas Constituições marxistas e no Constitucionalismo da República de Weimar, após o segundo pós-guerra. Pode-se constatar que nos primeiros anos receberam uma baixa normatividade (ou até mesmo uma eficácia duvidosa), uma vez que invertiam a lógica da geração anterior: passava-se, agora, a exigir do Estado determinadas prestações materiais (FERNANDES, 2020, p. 366).

Quanto aos direitos de terceira dimensão trata-se de fraternidade, no que diz respeito ao meio ambiente equilibrado, ou solidariedade para alguns, estaríamos falando de direito ao

desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de comunicação, no entender de Karel Vasak. (BONAVIDES, p. 349). Já a quarta dimensão refere sobre direitos de desenvolvimento tecnológico que envolvem direitos de responsabilidade, novos direitos frente às novas tecnologias, como por exemplo da informática e do ciberdireito. (FERNANDES, 2020, p. 367)

É possível afirmar que as três primeiras dimensões citadas liberdade (direitos individuais e políticos), igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e fraternidade (direitos da solidariedade internacional) constituem os direitos fundamentais.

Sabe-se que liberdade, igualdade e fraternidade foram ideais da Revolução Francesa, mais tarde princípios que deram origem a declaração universal dos diretos humanos em 1948, sendo assim eles preexistem a todas instituições políticas e sociais, porém não podem estar restritos a essas entidades governamentais que por outro lado devem proteger os direitos fundamentais de qualquer ofensa.

Após de ter verificado sobre os princípios e gerações dos direitos fundamentais é importante salientar como funciona o controle de constitucionalidade no Estado brasileiro, considerado nada mais do a interpretação e aplicação da Constituição na formação de leis infraconstitucionais.

Pode-se se afirmar que no Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999, e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que se encontra disposto no V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável. (BARROSO, 2006 p. 09)

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i)em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas (BARROSO, 2006 p. 09)

Não há que se falar em desrespeito do princípio de proteção dos poderes e citou o princípio dos poderes da inafastabilidade jurisdicional uma das garantias basilares para a

efetivação dos direitos fundamentais dispositivo 5º, XXXV diz que a lei não subtrairá a apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou a ameaça de direito. Decisão unanime do supremo tribunal federal.

Já para o autor Luis Pietro Sanchis, o modelo de Estado constitucional de direito tem a Constituição como regra do jogo e a competência social e política, já o Neoconstitucionalismo reúne elementos tradicionais, quais sejam, forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional. (CARBONELL, 2003)

Assim, o estudo da Constituição é o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. (BARROSO, 2006 p. 07)

Há um reconhecer de força normativa de princípios referidos de elevada carga axiológica como dignidade da pessoa humana, igualdade, estado democrático de direito e solidariedade social do direito para o debate da moral e para implementação do poder executivo por meio de decisões jurisprudenciais.

Antes de adentrarmos no tema neoconstitucionalismo propriamente dito, assevera-se o que diz Luiz Roberto Barroso “sob a constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração” (2009, p. 06)

Com a evolução do sistema constitucional surgiu o neoconstitucionalismo, expressão que contraria a aplicação da letra fria da lei, exigindo uma interpretação dos artigos legislativos a partir dos direitos fundamentais, posicionando a Constituição no centro do ordenamento jurídico.

Nos últimos tempos o direito brasileiro vem sofrendo profundas transformações onde a força normativa rígida da legislação vem perdendo espaço para o neoconstitucionalimo, movimento baseado em três importantes princípios, reconhecimento da força normativa da Constituição e valorização da aplicação do direito; rejeição do formalismo jurídico e constitucionalização do direito, irradiação das normas constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais para todos os ramos do ordenamento jurídico nacional (STRECK, 1999).

Destaca-se que a força normativa da constituição permite que o judiciário ganhe um papel mais ativo, ou seja, novo comportamento do poder judiciário frente a uma mudança constitucional.

A seguir fica evidente o conceito e significado do termo neoconstitucionalismo, bem como sua contribuição para a construção de uma sociedade democrática, realidade na qual o Brasil se insere atualmente.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Primeiramente destaca-se que a nomenclatura pós-positivismo, constitucionalimo pós moderno ou neoconstitucionalismo tem o mesmo significado, portanto, consideram-se sinônimos quando se fala na estruturação jurídica do Estado brasileiro.

Para entender o real significado da forma mais simples do termo neoconstitucionalismo, deve antes de mais nada, separar a palavra, “neo” significa novo e constitucionalimsmo é a Constituição como norma principal, ou seja, a lei mais importante do Estado. Sendo assim, neoconstitucionalismo é uma nova visão da Constituição Cidadã, onde não basta apenas cumprir o que ela diz e sim submeter uma releitura de todos os preceitos segundo os direitos fundamentais, os quais ela resguarda antes de tudo.

Salienta-se que Neoconstitucionalismo é a denominação dada ao novo direito constitucional, fruto da mudança de paradigma, a partir de estudos doutrinários e jurisprudenciais que enxergam a constituição como centro da hermenêutica jurídica. Ou seja, o sentido valorativo da norma, a caracterização do estado constitucional de direito, no qual reina a compreensão de qualquer norma a partir da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Assevera-se que inicialmente o conceito da palavra “neoconstitucionalismo” é formulado na Espanha e Itália, e tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve a coletânea intitulada Neoconstitucionalismo, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, publicada na Espanha em 2003. (CARBONELL, 2007)

De acordo com conceituados autores como Luigi Ferrajoli o neoconstitucionalismo é fruto de um estado constitucional rígido baseado no positivismo e legislativo que entrou em crise formando este novo estado constitucional do futuro com base em direitos fundamentais e irradiação da força constitucional. (CARBONELL, 2003)

Um movimento que ganhou força após a 2º Guerra Mundial, pois antes disso o que prevalecia era o positivismo jurídico, onde a lei é a principal fonte do direito, o juiz

simplesmente era considerado “boca de lei”, expressão do jurista que opera exatamente o que descreve a lei, havendo a supremacia do legislador.

A segunda guerra mundial foi considerada o maior massacre da história autorizado pela Constituição de Weimer na Alemanha, a partir deste fato que deve se mencionar que nem tudo que está na constituição é moral, e foi nesta época que houve a ascensão dos direitos fundamentais, movimento, o qual, disseminou-se por outros países até chegar no Brasil, assim pode-se afirmar que o direito não pode ser a simples aplicação do que a norma diz.

Destaca-se o que diz o autor sobre o fato anteriormente narrado, a jurisdição constitucional foi se ampliando e fortalecendo em todo mundo ao longo do século XX, principalmente depois da traumática experiência do nazi-facismo. A barbárie perpetrada pelas potências do Eixo, como beneplácito do legislador revelou, com eloquência, a imperiosa necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos (BINENBOJM, 2008, p. 63).

Após a 2º Guerra Mundial houve uma mudança de paradigma impulsionada por textos constitucionais carregados de normas programáticas de elevada carga valorativa ou axiológica, com conceitos abertos e indeterminados surgindo desta realidade um novo papel ao judiciário o de interprete da constituição reduzindo assim o papel do legislador em prol do juízo interpretativo conferido ao poder judiciário. Assim, a 2ºGM foi marco divisório entre o positivismo e o pós positivismo, onde esse segundo ganha força, uma vez que reflete na ressignificação do direito baseado na ética e moral, rejeitando a juridicidade especifica, pura e rigorosa.

Para o professor de Genova, Paolo Comanducci, a diferença entre os termos constitucionalismo e neoconstitucionalismo, sendo que o primeiro significa que uma teoria ideológica, um método de análise do direito e o segundo elementos estruturais do sistema jurídico político. E o segundo significa constitucionalismo moderno, uma tricotomia (pretensões do constitucionalismo, meios institucionais de realizar o constitucionalismo e meios políticos) (CARBONELL, 2003)

Um dos mais consagrados autores da hermenêutica jurídica Lêncio Streck, entende o neoconstitucionalismo como sendo uma postura teórica que a busca por essa ruptura pretende “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. (2014b, p. 134) E essa nova perspectiva representa um redimensionamento político-jurídico, que se dá em dois pontos: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, construção do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, onde ocorre a reformulação da [1] teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar

à onipresença da Constituição), da [2] teoria da norma (normatividade dos princípios) e da [3] teoria da interpretação (blindagem às discricionariedades e aos ativismos) (STRECK, 2014a, p. 29/30).

Através desses três planos é que o autor (STRECK, 2014a *passim*) constitui novo termo com peculiar significação, para além da situação de não superação de diversas perspectivas pelos adeptos da "teoria-padrão" neoconstitucional: constitucionalismo contemporâneo. Por isso, "somente poder ser chamada de pós-positivista uma teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva (exegético-conceitual), quanto na sua forma normativista-semântico-discricionária" (STRECK, 2014c)

Já o formalismo jurídico é aquele caracterizado pelo positivismo, aplicação pura e simples da lei de acordo com Kelsen, "o jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito." (KELSEN, 1999, p.14). E ainda "somos levados a reconhecer que o que existe como teoria do direito nasceu quase sempre em conexão com a auto descrição do sistema jurídico." (KELSEN, 1999, p. 15). Destaca-se que o neoconstitucionalismo rejeita essa corrente, uma vez que defende a aplicação do direito tendo em vista o caso concreto ampliando desta forma a interpretação das normas jurídicas.

Constitucionalizar o direito significa centralizar a norma maior, a Constituição, conforme aduz Kelsen, "a Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos". E ainda com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. (1999, p. 156)

Então, resumindo o neoconstitucionalismo se opõe ao positivismo, o primeiro baseia-se na interpretação, sendo assim, uma mesma norma pode ser interpretada de inúmeras maneiras, o segundo apenas aplica o que a lei, *ipisis litteris*, não abrindo espaço para outras explanações, apenas transcreve o que a regra menciona.

Para Luiz Roberto Barroso o neoconstitucionalismo significa "limitação do poder e supremacia da lei" (2009, p. 06). Neste mesmo sentido, o neoconstitucionalismo, como teoria do direito, "pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as

transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base transformadora" (MOREIRA, 2009, p. 219/220)

É importante ainda, especificar que o movimento neoconstitucional passou por três marcos históricos sendo eles: marco histórico, marco filosófico e marco teórico, dada a importância de tais marcos serão explorados no parágrafo seguinte sobre o que cada um deles significa.

O marco histórico é identificado como tendo início na Europa continental, novo constitucionalismo, pós-guerra na Alemanha e aqui no Brasil em 1988 com a redemocratização. Já o marco filosófico é o que se diz pós positivismo além da legalidade escrita pode ser identificado como a leitura moral do direito. E o marco teórico é a força normativa, ou seja, a nova interpretação constitucional.

Ressalta-se que o neoconstitucionalismo ou novo constitucional, na acepção desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição da constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômeno resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito". (BARROSO, 2006, p. 05)

Desta forma, visão pós positivista do direito identificada como marco filosófico do neoconstitucionalismo uma aproximação do direito e da moral, visão totalmente incompatível com os positivistas e dos defensores da teoria do direito.

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. (BARAK, 2006)

Salienta-se que o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a percorrer princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que,

com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação (CARBONELL, 2009, p. 197-208).

Isso quer dizer que os direitos fundamentais é que dão alicerce para os demais artigos, os quais auxiliaram a construção de uma nova forma de compreender a norma, ressignificando a constitucionalização e contribuindo para entender a sua própria origem.

Apesar desse movimento, neoconstitucionalimo, ter sido inovador na forma como a constitucionalização é vista ele também recebe uma crítica importante, por exemplo de que o neoconstitucionalismo seria inadequado à realidade constitucional brasileira, já que privilegia os princípios, e a Carta de 88 seria muito mais regulatória do que principiológica. (ÁVILA, Op. cit., p. 188-192).

Evidente que não são poucas as críticas ao fenômeno do neoconstitucionalismo, em que pese se reconheça a magnitude da doutrina e seus efeitos práticos na vida do cidadão há doutrinadores que advertem para possíveis riscos de sua adoção a crítica tais doutrinadores alerta-nos para o perigo da doutrina neoconstitucionalista neste modelo para a democracia em face da judicialização exagerada da vida social o período de uma jurisprudência calçada em uma metodologia muito aberta sobre tudo em um contexto de uma civilização que tem no jeitinho uma de suas marcas distintivas e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do direito para a economia pública do cidadão para a autonomia privada do indivíduo e principalmente para um abalo no princípio da separação dos poderes princípio basilar em nosso modelo de estado.

Neoconstitucionalismo não é visto com bons olhos sob a ótica de muitos autores, uma vez que permite mais de uma leitura do mesmo preceito legislativo e provoca desaprovações por boa parte dos juristas, pois muitas vezes os juízes possuem critérios pessoais quando decidem sobre algo e, portanto, mais propício para herdar críticas. Por exemplo, seria a possibilidade de deturpação de um sistema jurídico pautado por conceitos abertos e indeterminados, atribuindo-se ao Poder Judiciário a tarefa de substanciá-los, mormente no Brasil, pelo seu histórico de corrupção e patrimonialismo (SARMENTO, 2009, p. 141).

4 NEOCONSTITUCIONALIMSO NA ATUALIDADE

Esse capítulo aborda como o termo neoconstitucional ainda é contemporâneo e se encaixa na realidade atual, uma vez que hoje vive-se um colapso das normas jurídicas,

baseado na inversão de valores e velocidade da disseminação das informações. É o que descreve o autor, a espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão das ideias, a multiplicação das novidades. Assim vive-se a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Desta forma, pode-se afirmar que os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. Ou seja, o Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes. (BRECHT, 1977)

A interpretação da constituição é uma categoria da compreensão jurisdicional, um fenômeno genuíno da força normativa da Constituição, interessante nesta parte registrar circunstancias óbvias quando ocorre conflitos entre normas. Neste caso, são três as formas de resolução de qual norma é válida e, portanto, deve prevalecer comparada com outras, quais sejam: hierárquico, temporal e especial.

Sendo assim, a forma hierárquica quer dizer que a lei superior prevalece a lei inferior; já a maneira temporal significa que a lei posterior predomina sobre a anterior e o critério especial refere que lei especial prepondera sobre lei geral.

Então, as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, 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, 2003)

É possível afirmar que apesar de recente a constitucionalização do Brasil é intensa, a partir de 1988 e mais fortemente nos últimos anos a Constituição passou a desfrutar de sua supremacia, seja pelo espaço adquirido no sistema jurídico, seja pela regularidade de seus princípios. Assim, a Constituição ingressou no cenário jurídico do país pela manifestação de quem opera o direito, com enorme vitalidade evidenciando sua potência normativa sem precedentes.

Desta forma, centralizada no sistema jurídico é que a Constituição irradia para os demais campos do direito, exercendo o papel principal na perspectiva das normas do plano jurídico brasileiro, característica da constituição quando se fala em paradigma no ordenamento infraconstitucional.

Assevera-se que a interpretação jurídica tradicional se desenvolveu sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel *do juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*. (BARROSO, 2006)

Feitas todas essas considerações, neste momento divide-se o capítulo em dois subtítulos, o primeiro o qual destaca a relação do neoconstitucionalismo com a aplicação da norma e o poder discricionário do juiz e o seguinte uma relação do pós-positivismo com a lei Mariana Ferrer

4.1 Neoconstitucionalimo na aplicação da norma e o poder discricionário do juiz

A força normativa da CF/88 permite que o poder judiciário ganhe um papel mais ativo, já que desta ideia resulta a aplicabilidade direta da constituição pelo Juiz que passou a ser provocado para tomar decisões de caráter político com o objetivo de resolver programas sociais nas áreas de saúde, educação e outras políticas públicas não reguladas pelo legislador e não implementadas pelo executivo.

O livro de Ronald Dworkin, intitulado levando os direitos a sério, mais especificamente no capitulo 2, que trata sobre modelos de regras I, das páginas 23 até 72, revela uma retorica que começa com questões embaraçosas, exemplificando casos para mais tarde explicar sobre o poder discricionário do juiz.

A partir da leitura do texto fica evidente que tomar decisões no ordenamento jurídico brasileiro é muito mais complicado do que se possa imaginar, uma vez que são diversas as questões embaraçosas as que diferenciam obrigações, normas, costumes e princípios no direito.

Neste texto, o autor Ronald Doworkin, filósofo jurídico que se dedicou aos estudos do direito constitucional nos EUA, refere que questões simples como assalto a banco ou a quebra voluntária de um contrato o Estado autoriza punir ou a coagir quem tem tais ações. É nesse sentido que se questiona, como chegaram a conclusão de que estas condutas seriam reprovadas pela sociedade e portanto deveriam ser repreendidas (DWORKIN, 2002).

Pode-se dizer que o direito é um conjunto de normas atemporais, e os conceitos estão profundamente enraizados na estrutura de nossas práticas políticas. Austin denominou isso de positivismo jurídico. E ainda menciona que mesmo assim, o soberano não pode antecipar todas as contingências através de um sistema de ordem, pois, se alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que o seu caso se enquadra em uma norma jurídica válida (DWORKIN, 2002).

O texto também é um combate ao positivismo de Hart, pois não são somente as normas positivadas que devem ser cumpridas, costumes, princípios também são levados em consideração por uma sociedade composta por cidadãos.

Ainda fica claro no texto que há regras abertas, ou seja, que não possuem determinação legislativa e nesse caso os juízes tem que criar para decidir. Austin explica os casos problemáticos afirmando que os juízes tem o poder discricionário para resolver essas questões. Mesmo diferenciando regras de princípios os dois refere que os dois tem obrigatoriedade de lei (DWORKIN, 2002).

Para esclarecer algumas situações o autor cita diferentes exemplos: o caso Riggns e o Henningsen, o primeiro trata do caso em que o neto matou o avô para ter direito a herança pois constava no testamento, o segundo caso é o fabricante de veículo que se garante o conserto do carro se exime de qualquer culpa (DWORKIN, 2002).

Assim, pode se dizer que os princípios que os juízes citam em suas decisões Riggs e Henningester são decisivos em suas justificativas de uma decisão, o caso Riggns é o famoso em que o neto não tem direito a herança por ter matado o avô, mesmo estando no testamento, uma vez que as pessoas não podem se beneficiar de seus delitos. No caso outro citado é o fabricante de carro que deve arcar com o conserto, desta forma repara o dano, o que dispensa indenização por parte de quem adquiriu (DWORKIN, 2002).

Então, seja como for, pode se afirmar que somente regras ditam resultados, uma vez que os princípios apenas inclinam uma decisão embora de maneira não conclusiva. É fácil afirmar que as regras por mais rígidas que elas sejam estão sujeitas a interpretação e a reinterpretação, isto é, a "intenção do legislador” (DWORKIN, 2002).

Assim, o poder discricionário possui diferentes sentidos que podem ser confundidos entre si, uma vez que o direito é um sistema de regras e a lei favorece a garantia de direitos. Sendo desta forma, não há maneira de testar a validade das regras. Já a regra de reconhecimento refere que chega ao momento de voltarmos a bifurcação, pois com frequência os juízes devem utilizar sua capacidade de julgar, uma vez que o direito pode ser identificado através de testes (DWORKIN, 2002).

E segundo o Autor Hart refere que a maioria das regras de direito são validas por que alguma instituição as promulgou e outras foram criadas por juízes em casos específicos. Assim, pode se dizer que as técnicas que aplicamos ao argumentar em favor de outros princípios não se situam como pretende a regra de reconhecimento de Hart (DWORKIN, 2002).

É de se afirmar que Austin diz que as práticas costumeiras não fazem parte do direito. Apesar disso, Hart modificou Austin e a regra suprema diz que pode estipular um costume como um direito. Desta forma, pode se concluir que se tratares os princípios como direito podemos rejeitar a primeira doutrina positivista (DWORKIN, 2002).

É importante referir a diferença entre regras e princípios, regras são normas jurídicas positivadas e são compreendidas como tudo ou nada, ou seja, está disposta na lei deve ser cumprida se não for terá sanção. Já os princípios possuem o que chamamos de peso e importância, eles não se encontram positivados e inclinam a aplicação de uma decisão. Assim, pode-se dizer que o ordenamento jurídico é composto da soma de regras e princípios.

Desta forma, pode se concluir que quando os juízes tomam decisões no ordenamento jurídico brasileiro devem levar em conta não somente as regras positivadas, mas também devem observar os princípios, bem como os costumes e as possíveis e diferentes interpretações e reinterpretações da norma, a famosa “intenção do legislador".

O Neoconstitucionalimo amplifica a interpretação constitucional, porém garante a preservação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, sendo assim, não tem como a norma aplicada, neste caso, violar tais direitos e ocorrer uma interpretação equivocada.

4.2 Neoconstitucionalismo uma relação com a lei Mariana Ferrer/Lei 14.245/21

A referida lei publicada em 22 de novembro de 2021 coíbe a pratica de atos atentatórios a dignidade da vítima e da testemunha para estabelecer causa de aumento de pena do crime de coação no curso do processo.

A também chamada Lei Mariana Ferrer proíbe humilhação em audiências, sancionada pelo presidente a lei de autoria da deputada Ledice da Mata inspirado no caso da influencer digital “Mariana Ferrer” a qual denunciou ter sido dopada e estuprada pelo empresário futebolístico André de Camargo Aranha em uma festa no estado de Santa Catarina. Durante a audiência o advogado de defesa do réu faz várias menções a vida pessoal

de Mariana, referindo que a mesma tinha fotos que revelavam sua intimidade nas redes socias, desta maneira, humilha a vítima.

De acordo com a lei durante as fases de instrução e julgamento processual fica vedado a manifestação sobre fatos relativos à vida pessoal da vítima se esses não constarem nos autos, ou a utilização de material ofensivo a dignidade da vítima e/ou testemunha (NETO, 2021)

O § 1º-A. da lei aduz que durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I-a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II-a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. (BRASIL, 2021)

A dignidade de qualquer indivíduo está resguardada no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, mas nesse caso foi preciso criar uma norma especifica para a ratificação da dignidade da pessoa humana no âmbito dos tribunais, uma vez que foi desrespeitada no caso anteriormente relatado. Tal fato contraria o neoconstitucionalimo, uma vez que esse se caracteriza pela amplificação da interpretação da norma constitucional já existente.

Ou seja, no Brasil é preciso positivar a norma para que ela seja cumprida, trata-se de uma crítica ao ordenamento jurídico brasileiro que baseado nesta retorica entende que não basta uma norma geral para que essa seja cumprida e sim precisa haver a criação de uma lei especifica para que só assim o direto seja respeitado. Destarte, provoca massificação da legislação, tornando o sistema muitas vezes ineficiente, ou seja, possui a lei na teoria, mas ela não é cumprida na prática.

5 CONCLUSÃO

Na pesquisa exposta realizou-se um apanhado histórico para compreender a origem e os conceitos do neocostitucionalismo, iniciada na constitucionalização do sistema político brasileiro, passando pelo neoconstitucionalimo e finalizando por relacionar os temas atuais com o poder discricionário do juiz e a lei Mariana Ferrer.

O neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional originou-se na Europa e veio para o Brasil somente após a CF/88, desta forma, foi no pós-positivismo que ocorreu a propagação da jurisdição constitucional e a constatação da força normativa da Constituição,

sendo composto as mais diversas categorias, tendo em vista a inovadora forma de interpretar a constituição.

Tendo em vista a explanação realizada observou-se o quanto o tema do neoconstitucionalismo e as mais diversas reflexões acerca do assunto são complexas, uma vez que há doutrinadores que divergem do tema. O termo defende a interpretação e os mais diversos empregos da mesma norma e não apenas sua simples aplicação, assim, inovando frente a forma de operar o direito e a norma jurídica.

A irradiação dos princípios e regras constitucionais pelo ordenamento jurídico nos mais diversos setores, importa em operar os valores constitucionais declarando as normas que vão de encontro com a CF/88. Porém, a constitucionalização também permite o crescimento da utilização do poder judiciário para a resolução de demandas, ou seja, excessiva judicialização das relações sociais e políticas.

Sendo assim, a descrição do que vem ocorrendo acima é a descrição da realidade o que intensifica o notável significado da discussão acerca da supremacia constitucional, interpretação constitucional. A situação atual do Brasil ratifica o papel do STF, não só como um regulador e fiscalizador da aplicação da norma constitucional, mas um órgão que permite a manutenção da legitimidade dos poderes legislativo e executivo, bem como pode ser visto como um elemento que garante o equilíbrio das instituições, principalmente diante do poder judiciário.

Hodiernamente a velocidade das informações caracterizam-se com o advento da revolução digital, assim, a multiplicação das novidades provoca uma aceleração nos fatos, fazendo com que muitas vezes não conseguimos compreender o que de fato ocorre tendo em vista a sociedade consumista em que vivemos, é uma era de incertezas.

A descrição acima dá a entender que atualmente a coletividade carece de segurança jurídica, e isso pode ficar mais evidente quando a norma legislativa é aberta, permitindo amplas interpretações, mas esse fato pode ser impedido quando o regulamento é aplicado com base na garantia e certificação dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Dois termos essências na construção do termo neocostitucional, assim, ao mesmo tempo que a norma é aberta possibilitando aos outros entendimentos e perspectivas da mesma lei, ela salvaguarda a segurança jurídica do meio, pois não foge da base constitucional dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Por fim, o estudo revelou-se instigante, quando relacionado com temas atuais concluído que apesar dos benefícios do neoconstitucionalismo por caracterizar a dilatação da norma, possibilitando distintas leituras o Brasil se detém, na maioria das vezes, na norma

escrita e positivada. Desse modo prevalece a lei especifica e não a geral, o que cada vez mais esgota o sistema legislativo consequentemente o judiciário brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **Desacordo Moral e aceitabilidade racional**. in MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESE, Marcio, (orgs.) 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto, **Neoconstitucionalismo entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência**. Op. cit., p. 188-192).

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. Gustavo Zagrebelsky. Il Diritto Mite. Op. cit., p. 179-217.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003

BARROSO, Luís Roberto **NEOCONSTITUCIONALISMO. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 2006. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/la684c0vj08se8c/Barroso_neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf?dl=0. Acesso em: 20 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Lei 14.245 em 22 de novembro de 2021. **Lei Mariana Ferrer**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14245.htm. Acesso em: 20 de jan. 2022.

BRASIL, Constituição Federal de 25 de março de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasilia, DF. Senado Federal. 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de nov. de 2021.

CARBONELL, Miguel Edición. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editora Trotta. Madrid. 2003. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/4mrv1yzyw79jyji/NEOCONSTITUCIONALISMO%28S%29.pdf?dl=0. Acesso em: 13 jan. 2022.

CARBONELL, Miguel Edición. **Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos e escogidos**. Editora Trotta. Madrid. 2007. Disponível em:

https://www.dropbox.com/s/g7ck9sxgb1zdxnb/TEORIA%20DEL%20NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf?dl=0. Acesso em: 20 dez. 2021

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/ldw706les8m26y3/Levando%20os%20direitos%20a%20serio%20by%20Ronald%20Dworkin%20traducao%20Nelson%20Boeira%20%28z-lib.org%29.pdf?dl=0. Acesso em 18 jan. 2022

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional/Bernardes Gonçalves Fernandes** – 12ed. ver. atual e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Batista Machado. Editora Martins Fontes. 6ª Ed. São Paulo, 1999.

NETO, Emetério Silva de Oliveira. Lei Mariana Ferrer, vitimização e o sentido de vítima para o direito penal. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-04/opiniao-lei-mariana-ferrer-vitimizacao-sentido-vitima. Acesso em: 20 jan. 2022.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/4qb9dqlowb8t444/Sarmento_O%20Neoconstitucionalismo%20no%20Brasil%20-%20Riscos%20e%20possibilidades.pdf?dl=0. Acesso em: 07 jan. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo?** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. v. 1. 02. 2014a. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64. Acesso em: 17 jan. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2014b.

STRECK, op. cit., 2014c, p. 600 e ss. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais:** a crise na construção de respostas no processo civil. RT, 2015.