

Questão Discursiva 03154

Disserte sobre o tema ■ Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e igualdade ■ justificando todos os tópicos desta proposta, considerando:

1. Teoria da Constituição Procedimental e Teoria da Constituição Dirigente:

1.1. Positivismo, pós-positivismo e sistema constitucional aberto:

1.1.1. Normas-regra (preceituais);

1.1.2. Normas-princípio (axiológicas).

2. O devido processo legal material e os direitos fundamentais: a limitação da discricionariedade legislativa;

3. As novas dimensões da igualdade:

3.1. Ações afirmativas e discriminações benignas;

3.2. O Juiz, a igualdade e as promessas não cumpridas da Constituição Federal (as normas-fim do Estado Democrático e Social do Direito e a dimensão ético-humanista da função jurisdicional).

Resposta #004548

Por: Flávio Barreto Feres 10 de Agosto de 2018 às 01:00

O neoconstitucionalismo é fruto das teses pós-positivistas, representando uma reflexão amadurecida e necessária dos avanços que o positivismo jurídico angariou à ciência do direito, notadamente a respeito dos limites imateriais de todo ordenamento legal de um país, depois de superadas as turbulências políticas das guerras mundiais.

O positivismo jurídico surgiu no contexto do século XIX, como a vertente do direito do positivismo científico, que buscava uma racionalização metodológica da ciência, em termos aferíveis objetivamente.

Culminou, no sec. XX, com a teoria pura do direito, de Hans Kelsen, que considerava o direito como ciência dogmática, livre de qualquer interferência de outras áreas do saber, até mesmo da moral e da ética. Restringia-se a examinar a validade das leis à luz da Constituição, que encontrava sua validade numa "norma fundamental", que lhe era anterior.

Estas ideias legitimaram juridicamente qualquer ato estatal, viabilizando o cometimento de atrocidades pelo estado, o que resultou nas grandes guerras mundiais.

Passada a guerra, observou-se o reerguimento de ideias jusnaturalistas, que eram opostas ao antigo positivismo e pregavam a existência de certos direitos naturais imateriais, que não poderiam ser violadas pelo estado, ainda que amparado na lei.

Pois bem. Contemporaneamente, um novo constitucionalismo surgiu a partir de uma releitura do positivismo à luz dos avanços sociais do pós guerra.

O neoconstitucionalismo traz uma nova visão sobre o papel da Constituição e da força normativa dos direitos fundamentais nela consagrados, aos quais se deve garantir máxima efetividade.

Neste contexto, surgiu interessante debate sobre a teoria da constituição dirigente e procedimental.

A primeira, relaciona-se com o ativismo judicial e prega que a constituição dirija a atividade dos poderes estatais para a consecução de determinados fins, estabelecendo regras e metas neste sentido. Dessa forma, promove uma postura mais enfática para a tutela dos direitos fundamentais

A segunda, por sua vez, limita-se a estabelecer os procedimentos estatais e estruturantes necessários para a realização das finalidades estatais. Relaciona-se mais à autocontenção judicial, que prega maior respeito pelo Poder Judiciário ao princípio da separação dos poderes, funcionando como oposição ao ativismo judicial.

Este novo constitucionalismo também traz a noção de sistema constitucional aberto, cujo principal expoente é Peter Haberle. A crítica de falta de legitimidade para o controle de validade das leis elaboradas pelos legítimos representantes do povo (parlamentares), pelo Poder Judiciário, que normalmente não são eleitos, atingia sem cheio o dogmatismo jurídico de Kelsen e outros.

A solução proposta por Peter Haberle é abrir os taxativos rolos de interpretes legais à toda sociedade, permitindo a participação de vários dos seus setores, de modo a influir na posição dos julgadores.

No Brasil, o principal exemplo é o amicus curiae (Art. 138 do CPC). A participação popular traz maior legitimidade à atuação jurisdicional, especialmente quando se pensa no dirigismo constitucional e nos chamados "hard cases".

Ademais, esta participação auxilia o procedimento hermeneutico. Tradicionalmente, a doutrina entende que a norma é conteúdo valorativo extraído do texto de uma regra ou de um valor constitucionalmente aceito (princípio). É no conflito entre normas-regras e normas-princípios que a alegada abertura encontra uma de suas maiores aplicações.

Segundo Alexy, os conflitos preceituais são regidos pela regra do tudo ou nada, na qual ou se aplica uma ou outra regra, em face do caso concreto. Presentes certas peculiaridades, amite a derrotabilidade da regra, cuja aplicação ao caso se afiguraria inconstitucional, prevalecendo um princípio (valor), mas sem invalidar a regra (ex.: direito a saúde e concessão de tratamento médico custeado pelo Estado e não previsto no SUS). No conflito entre princípios, soluciona-se pela ponderação, sopesando-se os elementos axiológicos em jogo e, ao final, determinando que um prevalecerá, mas sem afastar totalmente o outro.

Ademais, explica o citado autor que os princípios constituem mandamentos de otimização para a aplicação e compreensão das normas-preceitos.

Essa determinação de máxima efetividade dos dispositivos constitucionais e dos axiomas que lhe dão sustentação também alcançam os demais poderes estatais.

No caso do Poder Legislativo, trouxe limitações à sua discricionariedade no exercício da atividade típica. Dentre estas, destaca-se o "devido processo legal material" e a "vedação ao retrocesso". Na primeira, entende-se que o legislador não pode sequer dar tramitação à projeto de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea, o que é vedado pela CF e já decidido pela CF. Conquanto a extensão deste pensamento à projetos de lei e outros atos seja objeto de profunda controversia, fato é que não há óbice ao seu regular andamento.

Ka a segunda veda o retrocesso social, entendido como a revogação de direitos fundamentais já concedidos ou consagrados. Ou seja, o legislador não poderia revogar direitos fundamentais. Inclusive, nem o poder constituinte originário poderia tal coisa.

Há controversia quanto a aplicação prática desta limitação, pois, muitas vezes, direitos fundamentais colidem entre si. Além disso, não se afasta a possibilidade de que a lei regule o restrinja o seu exercício, em face da máxima de que não há direitos absolutos.

As teorias neoconstitucionalistas também trazem nova forma de enxergar o princípio da igualdade.

Tradicionalmente entendida apenas sob um viés formal, no sentido de garantir a todos o mesmo tratamento legal, ganhou um aspecto material, resgatado da justiça Aristotélica, de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Desse pressuposto, surgiram as chamadas ações afirmativas e as discriminações benignas. As primeiras, relacionam-se à postura do Estado em dedicar investimentos para promover certos grupos sociais, normalmente excluídos.

Neste sentido, o relator Min. Roberto Barroso, no julgamento de constitucionalidade da lei que estabeleceu cotas raciais em concursos públicos, trouxe a dimensão isonomia por "representação". Segundo ele, há a necessidade de inserir grupos sociais marginalizados em segmentos usualmente inacessíveis, afastando a exclusão e a sensação de não pertencimento, valorizando sua cultura e representatividade social.

O aludido julgamento, destacou o relevante papel da jurisdição para a realização da dimensão ético-humanista da CF, enfrentando a negativa e arraigada concepção de ineficácia dos direitos fundamentais.

Batizada de constituição "simbólica" pela doutrina, o fato de a CF conter diversos dispositivos contempladores de direitos que não se materializam na prática criou o estigma de que a mesma não possui força normativa. Isso se dá diante das constantes omissões dos três poderes da república.

Respeitadas as balizas ante os efeitos deletérios do excessivo ativismo judicial, o campo das ações afirmativas e discriminatórias benignas oferecem solo fértil para a função jurisdicional exercer sua dimensão ético-humanística. Isso, por exemplo, pelo adequado tratamento aos jurisdicionados idosos, deficientes, etc., com fim a efetivamente garantir tais direitos.

Resposta #004021

Por: **Ângela Lima** 14 de Abril de 2018 às 21:00

O Neoconstitucionalismo representa um novo conteúdo para as constituições, trazendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e consequentemente como objetivo a desigualdade social, seja ela geral ou específica. Busca-se a concretização dos direitos fundamentais e a garantia de condições mínimas de existência aos indivíduos, numa verdadeira constitucionalização dos Direitos.

O positivismo jurídico representa o direito criado pelo Estado na forma de lei, independente do seu conteúdo, trazendo a constituição como seu fundamento de validade. No entanto, na ótica positivista, direito e moral são coisas distintas, não havendo vínculo entre um e outro.

A teoria da constituição procedimental representa a chamada Constituição formal, cujas normas estão inseridas em seu texto normativo (constituição rígida), independentemente do seu conteúdo. Em decorrência, surgem as denominadas constituições dirigidas, que traçam diretrizes que norteiam a ação estatal (normas programáticas), exigindo uma atuação positiva por parte do Estado.

Posteriormente surge o pós-positivismo (numa tentativa de aperfeiçoar o positivismo) ressaltando que o direito não se encontra isolado da moral.

Com essa evolução se instaura um sistema constitucional aberto, em que ocorre o predomínio dos princípios, dotados de elevado grau de abstração, passando a ser considerados verdadeiras normas jurídicas e não mais simples meio de integração do ordenamento jurídico.

O devido processo legal em sentido material é o princípio por meio do qual busca-se controlar o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público. Possui como fundamento o art. 5º, LIV, da CF e por se tratar de direito fundamental do indivíduo surge como limite à discricionariedade do legislador. Nesse contexto, buscando resguardar os direitos fundamentais, pode-se declarar como inconstitucionais, leis que venham enfraquecer ou até

mesmo tentar extinguir tais direitos, assim como os atos normativos irrazoáveis ou desproporcionais. Trata-se de um princípio constitucional fundamental e norteador do Estado Democrático de Direito.

O princípio da igualdade atua como um regulador das diferenças exigindo justificativa razoável e legítima para promoção de determinado grupo. Nessa toada, busca-se um tratamento isonômico e imparcial às pessoas que se encontram em uma mesma categoria. Para tanto, o Estado acaba atuando na busca de uma justiça distributiva por meio das ações afirmativas (discriminações positivas) que consistem em políticas públicas de caráter temporário, cuja finalidade é reduzir as desigualdades provenientes de discriminações ou hipossuficiência. Assim, concede-se algum tipo de vantagem compensatória de tais condições.

Dessa forma para legitimar as ações afirmativas, deve-se demonstrar que a discriminação contra aquele determinado grupo atua de tal forma, a impedir ou dificultar substancialmente o acesso a determinadas esferas sociais, como mercado de trabalho e educação. Um exemplo dessas ações afirmativas é o sistema de cotas em concurso público, com a reserva de 20% das vagas aos candidatos negros.

Resposta #004117

Por: **Jessica Raniero Tiberly** 15 de Maio de 2018 às 01:49

O positivismo é um movimento de interpretação e aplicação do direito que nasceu no século XIX e que chegou ao seu ápice na metade do século XX e que possui diversas vertentes, tais como a do Positivismo Normativista - através do qual Hans Kelsen iguala o conceito de Estado ao conceito de Direito, uma vez que em seu entendimento não há Direito Fora do Estado e esse Estado para ele é norma -, e a do Positivismo Sociológico de Norberto Bobbio, que enxerga o Estado como um movimento social que só se torna relevante a partir das normas que são positivadas pelo Estado. Assim, verifica-se que a marca do positivismo é o grande realce à norma produzida pelo Estado, sendo este o ponto mais relevante na visão positivista.

Em contrapartida, o pós-positivismo surgiu como uma forma de repensar o direito após o positivismo que decaiu em virtude de acreditar que toda a realidade social poderia ser codificada, abrindo assim caminho para o Neoconstitucionalismo, que a partir do século XXI, trouxe uma nova perspectiva em relação ao Constitucionalismo.

Assim, com o Neoconstitucionalismo, ocorreu uma verdadeira busca à eficácia da constituição, notadamente no tocante à concretização dos direitos fundamentais e das prestações materiais prometidas pela sociedade, como um mecanismo de implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Vale destacar que as características mais marcantes do Neoconstitucionalismo são a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, onipresença dos princípios e das regras (razão pela qual a hierarquia entre as normas não se dá de maneira apenas formal, mas também axiológica), inovações hermenêuticas, densificação da força normativa do Estado e desenvolvimento da justiça distributiva. Contudo, a partir do momento em que os valores (normas princípios) são constituiconalizados, o grande desafio ainda não alcançado pelo Neoconstitucionalismo, é encontrar mecanismos efetivos para a sua concretização.

Para tentar alcançar os ideais Neoconstitucionalistas, a Constituição deve ser aberta e móvel, estando em permanente conexão com o mundo social e mostrando-se suscetível às alterações do mundo natural, social e individual, conjugando as normas e princípios dentro de um sistema normativo.

A partir daí, também pode-se mencionar a ideia de Constituição Dirigente, que possui como exemplo a Carta Magna de 1988. A Constituição Dirigente, que se contrapõe à Constituição meramente Procedimental, surge a partir da necessidade de interpretação dos dispositivos constitucionais que demandam a transformação da realidade como responsabilidade estatal através de normas que estabeleçam imposições constitucionais ao legislador. Desta forma, e de acordo com o pensamento de Canotilho, o entendimento de Constituição Dirigente está ligada à programas de ações para modificação da realidade social, garantindo assim força jurídica para a alteração social.

Nesta linha de raciocínio, surgem as novas dimensões da igualdade material, que são fomentadas através da atuação legislativa que legitima ações afirmativas tais como as políticas de cotas e as discriminações benignas a fim de modificarem a realidade social do Estado Democrático de Direito atual.

Contudo, as supracitadas ações devem ser pautadas em motivos legítimos que as justifiquem, sob pena de ocorrer grande discricionariedade legislativa, que acaba por tutelar não interesses de toda a sociedade, mas sim de grupos específicos ou de fugir dos valores e princípios ordenadores do vigente sistema constitucional. Neste caso, torna-se imperiosa a ideia de um devido processo legal material ou substancial, que a partir da análise entre a criação legislativa e a aplicação do direito ao caso concreto, realiza um controle dos conteúdos das decisões judiciais nos aspectos de razoabilidade e proporcionalidade, com vistas a assegurar que não haja um desvirtuamento das políticas concretizadoras de direitos fundamentais.

Resposta #004891

Por: **ANDREA PAULA DOS REIS SANTOS OLIVEIRA** 9 de Janeiro de 2019 às 17:50

Várias teorias pretendem revelar o papel da Constituição em uma sociedade em busca da efetividade de direitos, bem como estabelecer regras para o exercício do poder estatal em consonância com as garantias elegidas por determinada nação. Em especial temos a teoria constitucional procedimental que abarca a possibilidade de atuação positiva do poder judiciário para efetivação de direitos, podendo ocorrer em muitas ocasiões em razão da omissão estatal.

De outro modo temos o modelo de Constituição dirigente que caracteriza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual as garantias e o programa estatal é estendido pra metas a serem cumpridas para o desenvolvimento da sociedade, com valores sociais, do livre desenvolvimento e da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a evolução da norma constitucional a partir do positivismo em que as regras precisavam estar explicitadas e formalmente prescritas, com rigorismo técnico para sua aplicação na sociedade em contra partida ao p's positivismo em que emergiram os princípios e as normas axiológicas com força normativa dos princípios, destacando-s as normas regras e as normas princípio. Desse modo foi possível delinear os fundamentos da República, princípios da democracia e da evolução social, com ênfase na pessoa humana, tendo o Estado o dever de assegurar a isonomia, a paridade de armas, os princípios em procedimentos judiciais e administrativos que restrinjam direitos.

Assim, amparados nos direitos fundamentais, que assegurem a existência digna e o desenvolvimento social, impondo limites á atuação estatal e impedir o abuso de direito e excesso de poder, emergiram direitos e garantias e o acesso à justiça. Ademais é dever do Estado também propor políticas públicas e estratégias para promover a dignidade de todos, com ações afirmativas positivas para promover o bem estar de todos e uma sociedade igualitária com oportunidades aos hipossuficientes e as minorias.

Neste diapasão a atividade do estado-juiz, da atuação judicante do magistrado torna-se imperiosa em certas lides ou omissões estatais, combatendo também a inércia estatal para realização dos fins sociais esculpidos na Constituição Federal e na promoção da dignidade humana. Quando decisões serão necessárias para efetivação de direitos e pacificação social.

Resposta #007137

Por: Ana 5 de Julho de 2022 às 15:32

O neoconstitucionalismo é fenômeno de ordem política, jurídica e social que tem como escopo assegurar a maior liberdade dos cidadãos face a limitação de arbitrariedades por parte do Estado. É pautado, principalmente, no estímulo a confecção de constituições escritas e rígidas, a fim de fomentar a supremacia constitucional. No ponto, cabe ressaltar que a CF/88 é considerada uma constituição dirigente, porque prevê metas e traça planos para o futuro.

Inicialmente, com base nos estudos de Kelsen, pautava-se o estudo jurídico principalmente no positivismo. Trata-se de entender a legislação sem a interferência de qualquer conotação moral, distanciando-se a ciência do direito das ciências sociais - o que Kelsen denominou de uma "teoria pura do Direito". Contudo, após os horrores da segunda guerra mundial, onde houve o genocídio de diversos grupos populacionais com fulcro na legislação alemã, passou-se a entender que não é desejável desvincular totalmente a moral do Direito.

Em relação às normas-regra, temos um sistema de "tudo ou nada"; ou as regras se aplicam, ou não. Em caso de confronto, deve-se pautar pelo critério da hierarquia, cronologia e especialidade. Caso o confronto persista, é necessário declarar a invalidade de uma delas. Diferentemente das regras, que são normas de subsunção, os princípios tem elevado grau de abstração, aplicando-se numa lógica de ponderação e proporcionalidade. O fato de eu deixar de aplicar um princípio ao caso concreto não significa que ele seja inválido, mas sim que, casuisticamente, ele tem um peso menor. É o que Alexy propõe quando há conflito entre princípios: que se averigue qual princípio tem maior peso diante das circunstâncias que se apresentam.

A igualdade se apresenta em seu aspecto formal e material. Formalmente, é a máxima de que somos todos iguais perante a lei, sem qualquer distinção. A igualdade material, por sua vez, está relacionada a necessidade de visualizar as desigualdades e estabelecer diferenças a fim de assegurar a verdadeira igualdade. Conforme ensinava Aristóteles, é necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de de sua desigualdade. Neste contexto, extrai-se as ações afirmativas e discriminações benignas, que buscam trazer uma maior justiça social a uma realidade em que mulheres, negros e pobres são pré-condicionados a uma posição inferior.

Por fim, a fim de alcançar os princípios estatuídos na Carta Magna, forçoso ressaltar o papel do juiz na garantia dos direitos basilares dos cidadãos.