



O PARADOXO DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ENTRE A EMANCIPAÇÃO DE MINORIAS E A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

THE PARADOX OF BRAZILIAN NEOCONSTITUTIONALISM: BETWEEN MINORITY EMANCIPATION AND THE PRECARIZATION OF SOCIAL RIGHTS / LA PARADOJA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO: ENTRE LA EMANCIPACIÓN DE MINORÍAS Y LA PRECARIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

Vitor Astorino Bizelli¹

Guilherme Zocollaro Nogueira²

Vinicius Fernandes Ormelesi³

Palavras-chave: Brasil; constitucionalismo; Estado democrático; positivismo jurídico; Supremo Tribunal Federal.

Keywords ou Palabras clave: Brazil; constitutionalism; democratic rule of law; legal positivism; Federal Supreme Court. / Brasil; constitucionalismo; Estado democrático de derecho; positivismo jurídico; Tribunal Supremo Federal.

O presente trabalho analisa o desenvolvimento do neoconstitucionalismo no Brasil, especialmente, a partir da atuação Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa investiga como a prática neoconstitucionalista, mesmo procurando se apresentar como uma superação do positivismo jurídico (pós-positivismo), na realidade aprofunda a discricionariedade judicial e o ativismo. Este fenômeno é examinado a partir da análise de decisões emblemáticas em matéria de direitos humanos, que revelam um tratamento paradoxal: por um lado, a garantia de direitos a grupos minoritários, como no caso do reconhecimento da união homoafetiva; por outro, a validação de medidas que flexibilizam e precarizam direitos sociais consolidados, como os direitos trabalhistas. O neoconstitucionalismo brasileiro, que ganhou força sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, é

¹ Graduando em Direito, Universidade do Estado de Minas Gerais, vitor.bizelli11@gmail.com.

² Mestrando em Direito, Faculdade de Direito de Franca, guilhermezocollaronogueira@yahoo.com.br.

³ Doutor em Direito, Universidade do Estado de Minas Gerais, vinicius.ormelesi@uemg.br.



PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO • UNESC



fapesc
Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

frequentemente celebrado como um avanço paradigmático, marcado pela força normativa dos princípios, pela centralidade dos direitos fundamentais e pela reaproximação entre direito e moral. A problemática central desta pesquisa reside na seguinte questão: o neoconstitucionalismo supera teoricamente o positivismo jurídico ou acaba por reforçar seus aspectos mais problemáticos, como a discricionariedade judicial, sob uma nova roupagem? O objetivo geral desta pesquisa é analisar criticamente o neoconstitucionalismo praticado no Brasil, mostrando que, ao contrário do discurso empregado por seus defensores, ele não representa uma superação do positivismo, mas sim um aprofundamento da discricionariedade judicial que resulta em decisões contraditórias no âmbito dos direitos humanos, por exemplo. Como objetivos específicos, busca-se: a) caracterizar as bases teóricas do neoconstitucionalismo brasileiro e sua alegada oposição ao positivismo jurídico; b) demonstrar como a ênfase em princípios e na ponderação flexibiliza o texto constitucional e legitima o ativismo judicial; c) analisar, comparativamente, decisões do STF sobre a união homoafetiva e sobre a reforma trabalhista, a fim de evidenciar a aplicação seletiva e contraditória dos direitos humanos; d) argumentar que tal prática compromete a coerência do sistema jurídico e a proteção integral dos direitos fundamentais. A metodologia empregada nesta pesquisa é de natureza qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo. A investigação parte da hipótese de que a prática neoconstitucionalista no Brasil não supera o positivismo, amplia a discricionariedade judicial e gera decisões contraditórias em matéria de direitos humanos. Para a verificação desta hipótese, a pesquisa se valerá de uma abordagem teórica e dogmática, com foco na análise bibliográfica e documental. A revisão bibliográfica abrangerá obras de referência sobre neoconstitucionalismo, pós-positivismo, teoria da constituição e hermenêutica jurídica, com destaque para autores que analisam criticamente o fenômeno no contexto brasileiro. A análise documental e jurisprudencial centrar-se-á em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, com especial atenção ao julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132, que trataram da união homoafetiva, a ADPF n. 324 que considerou lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim e decisões que validaram pontos da reforma trabalhista de 2017, como a ADI 5794 que julgou constitucional o fim da obrigatoriedade da



PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO • UNESC



fapesc
Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

contribuição sindical. A análise comparativa desses julgados buscará identificar as valorações aplicadas pela Corte nesses julgamentos. Os resultados da pesquisa ainda não são definitivos. No plano teórico, a análise inicial da produção doutrinária e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) revela que o neoconstitucionalismo, em sua vertente brasileira, não apenas falha em superar o positivismo, como aprofunda um de seus traços mais criticados: a discricionariedade judicial. Longe de representar uma ruptura paradigmática, o que se observa é a substituição do legalismo estrito por um "principlismo" que, na prática, amplia o poder de decisão do julgador, mas oculta sua discricionariedade por meio de uma retórica da ponderação. No plano político, o neoconstitucionalismo brasileiro fica longe de se integrar ao novo constitucionalismo latino-americano, cujos objetivos seriam "recuperar e atualizar o conceito de poder constituinte democrático [...] através de uma Assembleia Constituinte participativa e plural" e "gerar alguns conteúdos constitucionais que permitem resolver os problemas de legitimidade do sistema que o constitucionalismo social de origem europeia não conseguiu resolver" (PASTOR; DALMAU, 2016, p. 111). Assim, Daniel Sarmiento (2009, p. 25) afirma que um "traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário", uma vez que o "grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz". Essa "obsessão pelo Poder Judiciário" permite que se desconsidere o "papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo", fazendo com que o juiz seja visto como o "guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais", ao mesmo tempo em que permite que o neoconstitucionalismo seja acusado de "elitista e refratário ao autogoverno popular" (SARMENTO, 2009, p. 25). Segundo Luis Roberto Barroso (2005), o discurso neoconstitucionalista se firma sobre três marcos principais: um marco histórico, ligado ao pós-guerra e à redemocratização; um marco filosófico, o pós-positivismo, que busca a reaproximação entre direito e valores morais; e um marco teórico, caracterizado pela força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica baseada em princípios e ponderação. Essa nova hermenêutica, que rejeita o formalismo da subsunção, torna o intérprete "co-participante do processo de criação do Direito" (BARROSO, 2005, p. 242). No entanto, é precisamente essa co-



PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO • UNESC



fapesc
Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

participação que pode abrir as portas para o ativismo e o decisionismo. Streck (2013, p. 23) adverte que a ponderação, no Brasil, transformou-se em um "álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos", aproximando-se perigosamente da antiga jurisprudência dos interesses e dos valores. Essa discricionariedade aprofundada talvez possa ser encontrada em algumas decisões do STF. Por um lado, no julgamento conjunto da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, a Corte desempenhou um papel contramajoritário fundamental ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. A decisão foi celebrada como uma afirmação da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, diante da "inércia" e da "insensibilidade do legislador" em proteger os direitos de uma minoria (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 66). O STF, nesse caso, utilizou-se de uma "interpretação construtiva" de princípios constitucionais para estender um regime jurídico protetivo a um grupo historicamente marginalizado (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 82). Por outro lado, em matéria de direitos sociais, a mesma Corte tem adotado uma postura distinta, validando a precarização das relações de trabalho. No julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, por exemplo, o STF, evocando uma "racionalidade econômica da eficiência", afastou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas de empresas terceirizadas (COUTINHO, 2018, p. 38). No mesmo sentido, na ADPF n. 324, o STF entendeu ser lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Coutinho (2018, p. 34) classifica a reforma trabalhista de 2017 como uma "farsa" e uma "catástrofe anunciada sobre e para o futuro da classe trabalhadora", sustentada por falácias de que a rigidez da legislação seria a causa do desemprego. A contradição parece ser evidente. O mesmo ativismo judicial que, em um caso, expande direitos fundamentais para proteger uma minoria, em outro, restringe-os para validar uma lógica de mercado que precariza a situação de milhões de trabalhadores. Isso demonstra que o neoconstitucionalismo não oferece uma resposta consistente e coerente, mas sim uma retórica que permite ao julgador escolher quais "valores" devem prevalecer em cada caso. A suposta superação do positivismo é, portanto, ilusória. O que ocorre é que a discricionariedade, que no positivismo kelseniano era um ato de vontade dentro



da "moldura" da norma, agora se apresenta como um ato de "razão" que pondera princípios, mas cujo resultado é igualmente um ato de poder subjetivo do julgador (STRECK, 2013, p. 25). As conclusões preliminares apontam que o neoconstitucionalismo, tal como praticado no Brasil, não constitui uma superação do positivismo, pois, ao justificar o ativismo judicial e a flexibilização do texto constitucional, acaba funcionando mais como um verniz que oculta os problemas já presentes anteriormente no positivismo jurídico. Ele pode ser usado para permitir que o STF atue como um "legislador positivo", escolhendo quais direitos humanos devem protegidos e quais podem ser sacrificados no altar da eficiência econômica ou de outras conveniências, o que representa um sério risco para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI n. 4.277-Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: O STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 81, p. 233-276, 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas? **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 21, n. 41, p. 31-52, 2018.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática, entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 102-124.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

STRECK, Lenio Luiz. O neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR-TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 1, p. 11-28, 2013.