

## XXVII Encontro dos Tribunais, Cortes e Salas Constitucionais da América Latina

Concept Note

Painel #1

### Perspectivas e critérios jurisprudenciais dos tribunais, cortes e salas constitucionais para o reconhecimento de novos princípios, novos sujeitos e novos direitos

Quinta-feira, 22 de setembro de 2022  
09h30 às 11h40 (Hora do Chile)

A "criação" de novos direitos fundamentais é uma tendência atualmente seguida por muitos Tribunais, Salas e Cortes Constitucionais (doravante, "tribunais") como uma forma de responder aos novos perigos decorrentes das transformações sociais e dos rápidos avanços da ciência, tecnologia e informática<sup>1</sup>. No entanto, este fenômeno apresenta muitos aspectos problemáticos que ainda não foram abordados em profundidade nem na teoria constitucional nem na dogmática dos direitos fundamentais, apesar do fato de que este fenômeno é de grande importância teórica e prática para os próprios tribunais.

Esta tendência poderia ser devida, em parte, às mudanças sociais e técnicas que ocorrem na realidade, mas também às dificuldades frequentemente envolvidas na realização de reformas constitucionais. Os tribunais são chamados a resolver controvérsias jurídico-constitucionais específicas usando a Constituição como

---

<sup>1</sup> Ver, por exemplo, o "direito à verdade" (estabelecido pela Corte Constitucional da Colômbia [Resolução C-017/18], também pelo Tribunal Constitucional do Peru [STC 2488-2002/HC/TC], o "direito de acesso ao "acesso à água potável" na Argentina (Corte Suprema de Justiça, Resolução 42/2013), etc.

parâmetro. Os tribunais, assim como os demais poderes do Estado e dos órgãos constitucionais, também estão vinculados à Constituição.

Entretanto, quando os tribunais "criam" um novo direito, parece que exercem uma função muito diferente de sua função estritamente jurisdicional, pois o resultado de sua ação implica, em essência, uma ampliação do catálogo de direitos fundamentais (e, portanto, uma modificação da Constituição), por uma via diferente do procedimento formal da reforma constitucional. Até agora, afirma-se que o poder de modificar a Constituição não está reservado aos tribunais, mas ao poder da reforma constitucional<sup>2</sup>.

Além disso, se os tribunais têm legitimidade, poder e função para criar novos direitos fundamentais, deve-se procurar responder a uma questão metodológica crucial, a saber: a especificação do método ou métodos que eles empregam no processo de criação iusfundamental. Sem uma metodologia pré-estabelecida, os tribunais poderiam ser acusados de exercer um decisionismo judicial puro ou de abusar de seu poder constitucional. Isto no entendimento de que nem toda transformação da realidade social requer necessariamente da criação de um novo direito.

A doutrina já advertiu que a falta de clareza metodológica neste processo criativo também poderia levar a uma "inflação" ou "hipertrofia" dos direitos fundamentais<sup>3</sup>. Isto torna imprescindível que os tribunais e salas constitucionais também realizem um "prognóstico de eficácia" do novo direito fundamental. Portanto, trata-se também de tornar racional e plausível o processo de criação de novos direitos fundamentais.

Embora seja verdade que as questões e problemas que surgem como consequência desta tendência atual dos tribunais são complexas, diversas e não podem ser esgotados nesta sessão, também é verdade que podem ser condensados em determinados tópicos de discussão, construídos com base nas questões colocadas abaixo. Nesse sentido, a sessão explorará o estado atual da criação de novos direitos fundamentais na região, levando também em consideração a experiência e a jurisprudência dos Tribunais, Cortes e Salas Constitucionais. Com base nisso, este painel abordará as seguintes perguntas norteadoras:

---

<sup>2</sup> Em vez de muitos, ver *C. Winterhoff*, *Verfassung, Verfassungsgebung, Verfassungsänderung*, Tübingen 2007, pp. 123 e ss.

<sup>3</sup> K. A. Bettermann, *Hypertrophie der Grundrechte*, Hamburg 1984, pp. 3 e ss.

1. Sobre a legitimidade dos tribunais para criar novos direitos fundamentais:
  - a) Os tribunais têm legitimidade para criar novos direitos fundamentais?
  - b) De onde os tribunais obtêm essa legitimidade específica para isso? Que tipo de legitimidade os tribunais requereriam nesse processo?
  - c) As chamadas "cláusulas constitucionais de direitos não numeradas" são fontes suficientes de legitimidade?
2. Sobre o tipo de poder e o papel exercido pelos tribunais na criação de novos direitos fundamentais:
  - a) Os tribunais ainda estão exercendo "poder judiciário" na criação de direitos fundamentais? Até que ponto se poderia argumentar que os tribunais aqui exercem antes um poder constituinte ou pelo menos co-constituente? Que tipo de papel (diferente de julgar) os tribunais estariam desempenhando na criação de novos direitos?
3. Sobre os critérios metodológicos utilizados pelos tribunais no processo de criação iusfundamental.
  - a) Os tribunais dispõem de ferramentas ou instrumentos metodológicos adequados para analisar e processar as transformações da realidade?
  - b) Que critérios ou regras os tribunais utilizam ou devem utilizar para a criação de novos direitos fundamentais?
  - c) Como e sob quais critérios os tribunais devem fazer o "prognóstico de eficácia" do novo direito fundamental?
4. Sobre os limites que os tribunais devem observar neste processo em relação ao poder da reforma constitucional.
  - a) Quais são os limites que os tribunais devem respeitar na criação de novos direitos em relação ao poder de reforma da Constituição? Esses direitos podem ser revogados ou modificados pelo poder constituinte originário?
  - b) Em que casos os tribunais devem preferir que o poder constituinte constituído seja aquele que incorpore um novo direito fundamental à Constituição?

## CRITÉRIOS METODOLÓGICOS

Os painéis de discussão fechados visam levantar os principais aspectos e discussões de cada um dos tópicos a serem tratados, e criar um espaço crítico de debate, bem como uma troca construtiva de ideias. Os painéis começarão com uma breve introdução do moderador, seguida pelas apresentações de três a cinco juízes, ministros e magistrados constitucionais (10 minutos cada intervenção), e depois um espaço de discussão (breves intervenções) com todos os participantes.

