

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P762

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Sérgio Henriques Zandona Freitas, Lucas Gonçalves Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-125-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

O acesso à justiça é certamente um dos mais importantes direitos humanos, porque sem ele todos os demais podem estar ameaçados. No estado moderno a justiça se faz por meio do Estado, que tem o monopólio do direito, da força e também dos meios para dizer o justo. O estado democrático de direito que se pretendeu, e ainda se busca, concretizar com a constituição brasileira, tem um forte compromisso com a realização da justiça e com a legitimidade do judiciário, inequivocamente expresso no princípio da inafastabilidade da jurisdição apregoado no artigo 5º, XXXV da nossa carta, que reflete a crença e a importância do judiciário para a sua consolidação. O parágrafo introdutório precedente utiliza de forma intencional diferentes acepções de justiça e algumas de suas faces, discutidas nos textos que compõem este volume. O protagonismo do judiciário no século XXI lhe impõe novos desafios que os estudos que se vem desenvolvendo neste grupo tencionam enfrentar. Em comum, eles têm o judiciário e/ou suas atividades como objeto de investigação; expressam a crença de que a realização da justiça é condição necessária, embora não suficiente, à consolidação do estado democrático de direito; afirmam a convicção de que o judiciário forte decorre de sua legitimidade, e esta depende do comportamento ético de seus membros, da atuação transparente de seus órgãos e da busca por meios efetivos de realização da justiça, para a concretização de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Este volume intitulado Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça reúne 23 trabalhos de mais de uma dezena de estados da federação e quase duas dezenas de programas de pós-graduação, agrupados em três grandes temas, complementares entre si: política judiciária, isto é, políticas públicas que indicam, ou deveriam nortear, a atuação do judiciário e do sistema de justiça; gestão e análise de órgãos judiciários e da organização do sistema de justiça brasileiros; alternativas ao monopólio da jurisdição e às formas de realização da justiça. Todos comprometidos em manter a legitimidade e construir efetivos mecanismos de legitimação do judiciário brasileiro, para aproximar a justiça dos cidadãos e assegurar uma melhor justiça para todos. A partir de diferentes aportes teóricos e metodológicos, o livro reúne estudos empíricos, investigações comparadas e pesquisas teóricas que buscam desvelar, compreender, analisar, avaliar e discutir as condições em que se realiza a justiça no Brasil e como se dá o efetivo acesso à justiça no país. Esperamos que as leituras aqui disponíveis possam instigar um número cada vez maior de investigadores interessados em estudos sobre o sistema de justiça e preocupados em arquitetar uma justiça cada vez mais justa.

Claudia Maria Barbosa - PUCPR

Lucas G. Da Silva - UFS

Sérgio Henriques Zandoná Freitas FUMEC

**ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E HERMENÊUTICA:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DA TEORIA NEOCONSTITUCIONAL
NO PROTAGONISMO JUDICIAL**

**CONSTITUTIONAL STATE OF LAW AND HERMENEUTICS: CONSIDERING
THE INFLUENCE OF NEOCONSTITUCIONAL THEORY IN THE
EMPOWERMENT OF THE JUDICIARY**

Camilla Martins Mendes Pereira

Resumo

A presente pesquisa trata sobre as principais características da teoria neoconstitucional e sua relação com o crescente caráter político atribuído ao poder Judiciário. O problema proposto trata da legitimidade do Judiciário de atuar sobre questões essencialmente políticas. A pesquisa tem como objetivo compreender as bases ideológicas do Estado Constitucional de Direito e o papel desempenhado pelo Judiciário e sua legitimidade, visto que não se submete aos princípios democráticos no mesmo molde que o poder legislativo. Utilizar-se como método de abordagem o dedutivo. Quanto ao método de procedimento utilizar-se-á a pesquisa teórica, a saber, textos dos principais autores nacionais e internacionais, que discorrem sobre o tema, com a compilação e revisão do material bibliográfico sobre os temas propostos. Conclui-se que o protagonismo judicial não se apresenta como afronta ao princípio democrático, mas como uma solução ao problema da democracia como "ditadura da maioria", de modo que visa garantir a proteção do direito das minorias.

Palavras-chave: Judiciário, Neoconstitucionalismo, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

This research deals with the main features of neoconstitutional theory and its relation to the growing political character assigned to the judiciary. The proposed issue is the judiciary's legitimacy to act on essentially political issues. The research aims to understand the ideological foundations of the constitutional state of law and the role played by the Judiciary and its foundation of legitimacy because it does not submit to the democratic principle the same as the Legislative Power. It is used the deductive method. As for the method of procedure it is used the theoretical research, namely texts of the main national and international authors, which discussed the issue with the compilation and review of publications on the proposed themes. The conclusion is that the Judiciary role is not presented as an affront to the democratic principle, but as a solution to the problem of democracy as "majority dictatorship", it just aims to ensure the protection of the rights of minorities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Neoconstitutionalism, Legitimacy

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata sobre as principais características da teoria neoconstitucional e sua relação com o crescente caráter político atribuído ao poder Judiciário. Analisa-se, outrossim, a influência da ideologia neoconstitucional na teoria do direito, principalmente no que tange na formação de uma nova hermenêutica jurídica das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

O problema proposto diante da temática em análise é se é legítimo ao Poder Judiciário, interferir e agir ativamente diante de determinadas questões que são eminentemente políticas, a fim de obter um resultado que lhe pareça mais justo, e, em quais parâmetros ele se basearia para tomar tal decisão?

Sabe-se que no Estado Constitucional, cuja ideologia é permeada pela teoria neoconstitucional, a tendência é o ativismo judicial. Deposita-se no Judiciário, mas especificamente na corte constitucional, a confiança para que esta possa exigir do Estado que se cumpram os valores constitucionais. O enfraquecimento do Legislativo e a inserção do Judiciário em temas políticos é uma das objeções principais ao modelo neoconstitucional.

Nesse contexto, a pesquisa tem como objetivo compreender as bases ideológicas do Estado Constitucional de Direito e o papel desempenhado pelo poder judiciário neste modelo e seu fundamento de legitimidade, visto que não se submete aos princípio democrático no mesmo molde que o poder legislativo.

Para a realização dos objetivos propostos neste projeto utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo. Quanto ao método de procedimento utilizar-se-á a pesquisa teórica, a saber, textos dos principais autores nacionais e internacionais, que discorrem sobre o tema, com a compilação e revisão do material bibliográfico sobre os temas propostos.

Inicialmente pretende-se tratar das bases ideológicas dos três modelos de Estados: liberal, social e Estado constitucional de direito. Destacando-se, quanto a este último modelo de Estado, a estreita relação entre princípios e direitos fundamentais, uma vez que, os princípios conferem caráter democratizante a esses direitos. Posteriormente adentra-se no tema específico do presente trabalho, que é tratar sobre o neoconstitucionalismo e o papel desempenhado pelo Judiciário nesse modelo.

1 O ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado Constitucional de direito, que surge historicamente após as duas grandes guerras mundiais é marcado por grandes transformações em relação ao modelo anterior, a saber o Estado legislativo. Ao fenômeno que nomeia todas essas mudanças perpetradas dar-se o nome de neoconstitucionalismo.

Para melhor compreender as transformações perpetradas é necessário fazer uma digressão histórica dos modelos de Estados existentes, para que possa compreendê-los e diferenciá-los. E, principalmente, demonstrar como o neoconstitucionalismo representa a quebra de paradigma do Estado constitucional com os sistemas anteriores.

1.1 O Estado Liberal

O Estado liberal surge em oposição ao Estado absolutista característico do Antigo Regime. É o modelo de Estado, que contrapõe se ao poder irrestrito do monarca. Nele a figura do soberano confundia-se com a do Estado, o que se verifica na famosa frase "L'etat ce moi" atribuída a Luís XIV, rei da França.

A base ideológica do Estado burguês é a teoria do liberalismo, que por sua vez, fundava-se nas ideias do Renascimento e na releitura da antiguidade greco-romana para formular as alicerces do que ficaria conhecido como o primeiro Estado de Direito da história do constitucionalismo.

Tal doutrina considerava o Estado como inimigo do homem, e é marcada principalmente pelo conflito entre indivíduo e o poder soberano estatal. Paulo Bonavides destaca esse conflito ao afirmar que (2013, p. 40) "Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade".

Na concepção liberalista o homem somente é capaz de fluir de plena liberdade na sociedade, e na realização de seus próprios interesses sem qualquer influência do Estado. O Estado é compreendido como mero instrumento para que o indivíduo possa alcançar a realização de suas finalidades no meio social. Dentre os teóricos dessa doutrina destacam-se importantes ideólogos, tais como: Immanuel Kant, Montesquieu e John Locke.

O grande problema enfrentado pela teoria liberal era o fato de que o Estado detinha o monopólio do poder. Nesse sentido era necessário criar meios para impedir que a liberdade individual fosse ameaçada. O Estado, porquanto, era o monopolizador do poder, e como na clássica concepção de Montesquieu todo aquele que detém o poder tende a abusar dele, deve-se criar mecanismos de contenção do poder.

Assim, a doutrina liberal visa encontrar subterfúgios para que o Estado no exercício de sua potestade, não extrapole e interfira na esfera de ingerência do indivíduo. De modo que, o mecanismo de separação dos poderes foi o caminho encontrado para garantir o controle do poder pelo próprio poder.

Por conseguinte, a separação dos poderes surge como técnica de limitação do domínio estatal, esclarece Bonavides (2013, p.68) "A uma soberania antepõe-se a soberania parcelada ou pluralizada dos poderes que se dividem". A tripartição dos poderes originada em Aristóteles e retomada por Montesquieu foi a solução para garantir a liberdade e impedir a concentração do poder num único órgão. A partir de então formar-se-ia o que John Adams chamaria como sendo não mais um governo de homens, mas "*a government of laws*".

É no contexto do Estado liberal que surge o positivismo legalista surge no século XIX, tendo como seu expoente a Escola da Exegese na França. Tal teoria do direito fundamenta-se na concepção do monopólio estatal de produção das leis (expressão da vontade geral), e esta como sendo a fonte única do Direito.

Observa-se que o positivismo legalista pode ser situado temporalmente num período anterior ao positivismo normativista kelseniano, pois surge como teoria do direito do Estado Liberal burguês. A grande diferença entre o positivismo legalista e o normativista de Hans Kelsen reside no objeto de estudo. O legalista só admite a lei, enquanto o normativista, se preocupa com a norma jurídica.

Para a teoria do direito do positivismo legalista, a lei era a única fonte de direito admitida. Marcado pela figura do "legislador racional", esse Estado legislativo tinha na máxima do princípio da legalidade a expressão da vontade soberana. Os princípios jurídicos eram admitidos somente como meios de retórica ou como auxiliares na interpretação da lei e na colmatação de lacunas. A constituição era considerada meramente como um documento político sem força normativa.

Sendo, destarte, o fetichismo legal a grande marca da teoria do direito da época, tem-se que os termos legitimidade e legalidade eram considerados sinônimos. A legitimidade

compreendida como observância voluntária ao ordenamento, e é então restrita à mera legalidade. Compreende-se melhor esse processo ao analisar-se a fundamentação do princípio democrático como expressão da soberania popular.

A democracia direta preconizada por Jean-Jacques Rousseau, um dos principais teóricos a influenciar a Revolução Francesa de 1789, foi substituída pela democracia representativa. Tal fato se dá por meio da influência da burguesia nascente, que antes detentora do poderio econômico, agora passa ter o poderio político, razão pela qual tal revolução ficou conhecida também pela alcunha de Revolução Burguesa.

A noção de vontade geral de Jean J. Rousseau, expressão máxima da soberania do povo, era corporificada por meio da legislação produzida pelo Parlamento, órgão legitimamente democrático, pois composto por representantes do povo. O Estado legislativo de então, é plenamente regido pelo formalismo legal como observa Carl Schmitt (2007 p.02):

Um Estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável caracterizadas como impessoais e , por esse motivo, *gerais*, bem como predeterminadas e , conseqüentemente, concebidas, visando a uma duração permanente. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si. São as "leis que regem", e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara: as leis não regem, elas vigem apenas como normas. Domínio e puro poder simplesmente deixam de existir por completo. Quem exerce poder e domínio, age "com base em uma lei" ou "em nome da lei". Apenas faz valer, com legitimidade, uma norma vigente. As leis não são criadas por uma instância legiferante que, todavia, não governa e também não aplica nem faz valer, ela própria suas leis. Cabe-lhe, portanto, apenas compor as normatizações vigente, em cuja cujo nome instâncias públicas subordinadas à lei e responsáveis por sua aplicação têm o direito de comandar o poder estatal. A realização organizacional do Estado legiferante sempre conduz a separação entre lei e aplicação da lei, entre Legislativo e Executivo.

Observa-se, assim, que o Estado liberal, que surge após a Revolução Francesa, é um Estado marcado por contradições extremas, que foram mascaradas pela burguesia. A "vontade geral", que se corporifica na lei, não é tão geral assim, afinal a participação política é conferida a poucos privilegiados. O universalismo pregado antes da Revolução de 1789 é substituído pela noção particularista dos direitos do homem.

O binômio liberdade e democracia representa a furiosa tensão entre as duas teorias principais que influenciaram na Revolução, a saber, as teorias de Montesquieu e Rousseau. Montesquieu considera a liberdade como negação da soberania estatal. Ao passo que a teoria de Rousseau não está voltada para a limitação do poder estatal, este não considera o Estado

como o pior inimigo do homem, ao contrário busca conciliá-los por meio de sua concepção sobre o contrato social.

O contrato social de Rousseau prevê que os homens abrem mão de sua liberdade no estado de natureza, para recuperá-la no Estado de Direito como liberdade civil. Ao contrário de Montesquieu, ele concebe a soberania como una e não plural com a separação dos poderes, ao contrário, Rousseau transfere a soberania integralmente do rei para o povo.

1.2 Estado Social

A burguesia conseguira promover as suas aspirações políticas e econômicas consolidando o modelo de Estado Liberal. Contudo, não cumpriu as promessas que fizera antes da revolução. Os ideários de universalização dos direitos preconizados antes da revolução não foram cumpridos. Só eram considerados cidadãos, homens os quais detinham posses. De modo que, a participação política era limitada a um grupo restrito de pessoas.

O povo que havia participado da Revolução não tinha direito à participação. A universalidade tão apregoada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não é posta em prática. Há um choque entre os princípios defendidos e a realidade social desigual enfrentada. Nesse contexto, inicia-se a decaída do Estado Liberal e o surgimento de um novo modelo, o Estado Social.

A liberdade tão prestigiada pelo liberalismo é meramente formal, pois num contexto de desigualdade de condições sociais e econômicas, essa se transforma simplesmente em liberdade de oprimir os fracos. O liberalismo mostra-se incompatível como uma liberdade desfrutada por todas as classes e que não seja meramente política, mas também econômica e social.

Destaca ainda, Paulo Bonavides (2013, p. 178) "Os fatos não os convencem do contrário, isto é, de que o liberalismo se acha definitivamente incompatibilizado com uma liberdade auferida por todas as classes e que ostente não apenas teor político, senão econômico e social".

Bonavides atenta para o fato de que a ideologia socialista é importante fator na construção do Estado Social. Afinal, aderir ao modelo de Estado Social foi a solução encontrada, para evitar que se instaurasse a chamada ditadura do proletariado como ocorreu na União Soviética em 1917.

Sabe-se que em 1917, a Rússia ainda permanecia num estado absolutista. O czar é forçado a abdicar, e o partido bolchevique liderado por Lennin assume o poder e forma-se uma nova ditadura, chamada de ditadura do proletariado, de caráter comunista. Com o final da primeira grande guerra, meses após o armistício, os países europeus passam a ter consciência e a temer de que se o modelo de estado não fosse alterado, aquilo que havia acontecido na Rússia, invariavelmente ocorreria nos estados europeus.

E quem primeiro tentou solucionar o problema foi a Alemanha, derrotada da primeira guerra mundial em 1918, convoca uma assembleia constituinte em 1919 na cidade de Weimar. Essa assembleia promulga uma nova constituição republicana para a Alemanha, que perdura até 1933, quando o partido nazista, liderado por Adolf Hitler chega ao poder. A constituição de *Weimar* é um marco no direito constitucional, pois inicia o chamado constitucionalismo social.

Portanto, nota-se que a Revolução socialista do século XX teve grande importância no sentido de chamar a atenção para os novos valores a serem observados pelo Estado, a saber a justiça social. Em que pese as suas consequências, tal revolução é louvável do ponto de vista ideológico, pois esta diretamente relacionada às mudanças realizadas na estrutura do Estado liberal capazes de transformá-lo no Estado social e no abandono do capitalismo selvagem dos primeiros tempos da Revolução Industrial.

Com relação ao sistema jurídico, que se instalou na URSS após a Revolução pode ser considerado como consagrador do positivismo legalista, pois apesar das peculiaridades por ser um sistema socialista, fundamenta-se num sistema de normas postas, sendo por isso denominado como "legalismo socialista".

O legalismo socialista apresenta um modelo de redução à ordem posta. Interessante notar, que antes da revolução a concepção socialista era baseada eminentemente numa visão jusnaturalista. Após a tomada do poder, busca-se rapidamente institucionalizar o novo sistema de leis, tornando-o o direito vigente e sendo legitimado, agora, numa concepção juspositivista.

Importante considerar ainda, segundo Paulo Bonavides, que entre liberalismo e socialismo observa-se a originalidade da doutrina de Rousseau, que aponta o caminho para uma democracia social, sem cair nos extremos dos modelos propostos por essas doutrinas, sendo capaz de criar um Estado prestacional compatível com a economia de mercado.

Tanto o liberalismo, quanto o socialismo são doutrinas baseados na revolta de uma classe contra o status *quo* vigente, o liberalismo a reação da burguesia ao poder absoluto dos

monarcas e o socialismo a reação do proletariado. Rousseau, por outro lado, formula as bases de sua ideologia não na luta de classes ou não limitação do poder estatal, mas visa associar liberdade e poder, dois extremos que pareciam insociáveis no Estado liberal. Explica Bonavides (2013, p. 166)

A originalidade de Rousseau, sua contribuição peculiar, consiste de maneira precisa, em situar-se histórica e doutrinariamente no meio desses dos pólos - o liberalismo e o marxismo - sobraçando a velha tese dos gregos, bastante remoçada, qual seja, a democracia como ação política, que já não se apresenta fragmentária, mas pertence a todos, não distingue classes e se integra na *volonté générale*.

Portanto, o movimento marxista e as reivindicações populares no século XIX modificam a estrutura do Estado Liberal, de modo que o Estado Social nasce daquele, ou melhor, de sua transformação. Diante das exigências sociais requeridas foi necessário que o Estado promovesse maior igualdade e que além de que se abster negativamente surge a necessidade de realizar ações prestacionais, a fim de não só promover a igualdade formal perante a lei, mas a também a igualdade material.

1.3 Estado Constitucional

Na segunda metade do século XX verifica-se a crise do modelo Estado Social e a afirmação do modelo de Estado Constitucional Democrático de Direito. Após a segunda guerra mundial, e com os movimentos deflagrados na década de 70, a saber movimento estudantil, hippie, ecologista, dentre outros elementos demonstram a incapacidade do Estado de bem estar social de permanecer como modelo suficiente, numa sociedade em que cada vez mais as relações sociais se tornam complexas.

O modelo de Estado Interventor não consegue mas se impor frente à crescente globalização e transações comerciais transnacionais, gerando uma verdadeira crise do próprio Estado de Direito, questionando a base de sua legitimidade e a própria noção de nação e soberania.

O advento da internet a possibilidade de comunicação instantânea com indivíduos em territórios diversos faz com que importantes questões sociais, econômicas, políticas e ambientais se desenvolvam fora do território estatal, circunscrição onde exerce sua potestade. Ademais, aproxima as relações entre os cidadão de diversas nações, causando situações ímpares no que tange à concepção de nacionalismo.

Nesse contexto, surge o Estado Constitucional Democrático de Direito, como a melhor tentativa de solucionar os problemas enfrentados nas sociedades pós-modernas. O pluralismo é o paradigma do novo Estado de Direito, seja presente na diversidade de grupos sociais, seja no campo jurídico, com a pluralidade de fontes, destacando-se o que Marcelo Neves denomina de transconstitucionalismo.

Nesse aspecto, o jurista alemão Martins Kriele aposta suas fichas no Estado Constitucional para solucionar as crises enfrentadas no século XXI pelos Estados soberanos. A saber, os abalos sofridos pela intensificação do processo de globalização, a luta pela justiça social, os problemas ambientais, dentre outros.

Chama o jurista atenção para a necessidade de se compreender os fundamentos desse modelo de Estado, antes de se criticá-lo para que não se cometa o erro de destruir os pilares, que foram conquistados pelas gerações anteriores. Alerta ainda o jurista alemão que na conformação dos Estado Constitucional podem se encontrar os instrumentos capazes de auxiliar na superação dos abalos por este sofridos.

Sobre a legitimidade do Estado Constitucional leciona Martin Kriele (2009, p.21):

O dizer: *paz, liberdade e equidade* são os fundamentos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático, pode, ao primeiro momento parecer abstrato. Na realidade, esses termos indicam circunstâncias muito complexas apenas através de chavões. Pois, eles ganham conteúdo e vida a partir das situações históricas concretas da guerra civil, do terror e das injustiças que significaram um desafio à razão humana e a partir de tudo aquilo para que o desenvolvimento do Estado Constitucional Democrático foi a Resposta. A guerra civil confessional do século XVI despertou o anseio à paz interna. Somente o Estado moderno baseado no princípio da soberania pode acabar com a guerra civil. No entanto, na sua variante absolutista, ele trouxe consigo, ao mesmo tempo, o perigo do terror confessional e espiritual e despertou o anseio pela liberdade, o qual somente a domesticação do Estado em Estado constitucional comprovou ser compatível com a escravidão, com a luta de classes e com a miséria social. O anseio por mais equidade só pode e pode ser apaziguado através do desenvolvimento para um Estado Constitucional Democrático e Social.

Sem se questionar ou não a legitimidade ou a capacidade deste modelo de Estado, não se pode deixar de notar outra característica importante deste, que é a superação do modelo normativo como sendo a lei a única fonte do Direito. Os princípios são incorporados como fontes normativas e inauguram uma nova teoria do direito, denominada pós positivismo ou neconstitucionalismo.

Por fim, com o Estado constitucional tem-se o advento de dois fenômenos diretamente relacionados à inserção dos princípios no sistema normativo como se verá no decorrer da

pesquisa: o primeiro é a maior eficácia dos direitos fundamentais, que normalmente vem acoplados à princípios jurídicos, garantindo assim a sua aplicação no melhor grau possível; e o segundo é a o aumento do ativismo do poder judiciário, pois esse na condição de guardião da constituição passa a ser o meio pelo qual os cidadãos irão exigir o seu direito.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

A partir do Estado Constitucional de Direito e com as transformações provocadas no constitucionalismo contemporâneo, tais como a força normativa da constituição, a necessidade desta de regular campos jurídicos e proteger valores, o poder público é chamado a interferir em diversos setores, que antes no Estado liberal não eram de sua incumbência.

Nesse contexto, cabe ao direito regular o exercício de atividades promocionais de um modelo social por parte do Estado e assegurar ao mesmo tempo o respeito aos direitos individuais. De modo que, há inegavelmente um aumento da atuação estatal, que ingressa cada vez mais no campo de ingerência da autonomia privada, fator que se dá dentro do Estado social e continua com o Estado constitucional.

A teoria neoconstitucional é resultado dos acontecimentos gerados pelas duas grandes guerras mundiais e as atrocidades perpetradas sob o pálio da teoria positivista. Por isso, tal doutrina aproxima novamente o direito da moral ("virada kantiana"), relação que havia sido anteriormente rechaçada pelo positivismo. É caracterizado por dar maior ênfase aos princípios jurídicos do que às regras, uma vez que os primeiros são dotados de conteúdo moral e alta carga valorativa.

O neoconstitucionalismo, primeiramente, destaca a necessidade de uma constituição rígida, que determine um procedimento mais rigoroso para a alteração de normas constitucionais do que aquele para alteração das leis. Ademais, demanda-se a existência de uma corte constitucional, cuja função principal é o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

Sobre a superioridade da Constituição, Inocêncio Mártires Coelho esclarece "Como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição. Nisto consiste a *supremacia constitucional*" (2013, p.17).

Nesse sentido, as normas constitucionais são as normas superiores, com as quais todas as outras devem guardar certo grau de compatibilidade. A Constituição passa a influir necessariamente sobre todas as relações sociais e políticas, irradiando os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, a teoria neoconstitucional defende o método de aplicação dos direitos fundamentais, que é a metodologia da ponderação, ao invés da subsunção. Outra característica do neoconstitucionalista é o ativismo judicial. Deposita-se no Judiciário, mas especificamente na corte constitucional, a confiança para que esta possa exigir do Estado que se cumpram os valores constitucionais. O enfraquecimento do Legislativo e a inserção do Judiciário em temas políticos é uma das objeções principais ao modelo neoconstitucional.

Nesse contexto, o Estado Constitucional de Direito solucionou o problema da relação entre Direito e moral, pois é um estado que prevê direito e garantias fundamentais protegidas por uma corte constitucional. Luigi Ferrajoli (2011, p.98) ao analisar a teoria neoconstitucional discorre que:

Este constitucionalismo, de nítida matriz anglo-saxã, caracteriza-se então, como disse Prieto Sanchís, por dois elementos: o ataque ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral; e o ativismo judicial promovido pela tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas sim princípios, objetos de ponderação e de imediata argumentação jurídica, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*. Sob todos estes aspectos, pode-se registrar uma singular convergência do neoconstitucionalismo com o realismo e com aquele que podemos chamar “neopandectismo” ao minar os fundamentos juspositivistas do direito sobre a base de uma tese comum: o direito, na verdade, é aquele que é produzido pelos juízes, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.

Ferrajoli também irá tecer considerações sobre a aproximação neoconstitucionalista com o denominado "neopandectismo". A valorização demasiada de princípios constitucionais, para o autor, pode levar a um decisionismo por parte do poder judiciário, propiciando decisões de caráter solipsistas, tornando-se risco para a democracia.

2.1 Neopositivismo e a nova hermenêutica

A palavra hermenêutica vem da mitologia grega e refere-se ao deus grego Hermes, responsável por traduzir as palavras dos deuses para os homens. Significa a ciência da interpretação. Na doutrina prevalece a concepção de que existe uma hermenêutica constitucional, com métodos e princípios próprios, pois interpretar a constituição não é o mesmo que interpretar normas infraconstitucionais.

O neopositivismo é a consequência da incidência da teoria neoconstitucionalista à hermenêutica jurídica e à aplicação do direito. Nele tem-se uma nova concepção sobre o direito e a norma jurídica. Tal modelo diferencia dispositivo de normas, sendo que, os dispositivos são os textos, onde as normas são positivadas, e estas são o resultado da interpretação sobre o conteúdo do dispositivo.

Sobre o tema esclare Eduardo Cambi (2011, p. 85):

Porém, a norma não pode ser identificada com o seu texto literal, pois, mesmo na interpretação meramente gramatical, é indispensável distinguir os *diferentes sentidos da palavra*, os quais devem ser esclarecidos tanto a partir de dados materiais como pela língua, a exigir a diferenciação e a avaliação normativo-jurídica dos campos associativos que são conexos.

Segundo Max Möller (2011, p. 215) o neoconstitucionalismo traz alterações importantes no direito, e conseqüentemente também no campo da interpretação normativa. A passagem de um Estado Legislativo para o Estado Constitucional, a preocupação com os valores da pessoa humana, as novas formas de controle de constitucionalidade pelo judiciário e a teoria dos princípios são fatores que influenciaram na mudança de interpretação e aplicação da lei.

A estrutura tradicional da norma jurídica (sistema rígido e fechado de regras) não é mais capaz de apontar uma teoria hermenêutica apta a solucionar os novos desafios que se apresentam à interpretação do direito. O direito é chamado a regular novos campos, principalmente no que tange ao controle das decisões políticas.

Sobre o tema o autor menciona Möller (2011, p.215):

A consideração do caráter normativo da constituição e a necessidade dessa regular campos jurídicos e proteger valores através de soluções que necessitam ser constituídas a partir da ponderação de valores contrapostos, desencadeia um processo de alteração da atividade de aplicação das normas jurídicas, que passa a constituir um processo muito mais complexo que a mera subsunção."

Diante disso, volta-se à consideração do critério normativo dos princípios e passa-se para um modelo composto não só por regras, mas um sistema de regras e princípios. Contudo, o crescimento da importância dos princípios como fonte do direito aumenta a complexidade interpretativa.

Assim para Möller (2011, p.216):

A inclusão dos princípios no processo interpretativo torna mais complexo o caminho entre a situação fática e a solução jurídica (já que não se descarta o modelo de regras), gerando um novo paradigma de interpretação. Não se trata, portanto, de substituição do método de subsunção por um modelo principiológico de ponderação, mas de agregar os princípios e a ponderação ao processo de interpretação que, em razão disso, torna-se mais complexo".

O termo princípio, antigamente considerado como mero instrumento de retórica constitucional, ganha nova acepção, com o constitucionalismo moderno, de norma jurídica em sentido estrito. Em razão disso, devem ser reformulados: o conceito tradicional de norma jurídica como sendo aquela que conecta o suporte fático a uma consequência jurídica; e a teoria da aplicação da norma, principalmente, no que diz respeito aos critérios de resolução de antinomias.

Contudo, um dos grandes entraves no estudo dos princípios é a ausência de unidade semântica no uso do termo princípio. Este é empregado com conceituações diversas e pode designar normas de estrutura e de função absolutamente diferentes. Mesmo na obra de Ronald Dworkin não é possível encontrar uma unidade semântica do termo, pois o autor associa o termo princípio ao de princípios morais, que contam com um caráter metajurídico ou sobrejurídico.

Outro fator de dificuldade, é que os princípios possibilitam o alargamento do âmbito de alcance do direito. Primeiramente permitem alcançar um âmbito regulativo mais amplo do que as regras, sem necessidade de previsão pormenorizada do suporte fático. Desta forma, amplia o alcance do direito às diversas áreas, de forma que não há praticamente mais lacunas no ordenamento.

Em segundo lugar, os princípios permitem a inclusão de pautas políticas e valorativas na decisão judicial, uma vez que essas normas admitem uma ampla gama de variação semântica. Assim, também toleram maior controle jurídico das decisões políticas, o que acarreta os fenômeno da judicialização da política.

No Estado liberal, como visto anteriormente, a fonte do direito é a lei, expressão da vontade geral representada pelo parlamento, de modo que, o direito depende da política. No Estado constitucional, não só o direito está sujeito à política, esta, por sua vez, também está condicionada pelo direito. A vagueza semântica dos princípios confere maior poder ao julgador, permitindo que influa sobre assuntos políticos.

Diante do novo modelo de Estado Constitucional os princípios se apresentam como instrumento normativo capaz de melhor propiciar a atividade regulativa da atividade pública, principalmente a promocional. Assim, a nova hermenêutica constitucional vai muito além do simples método de subsunção tradicional, envolve questões mais complexas no momento de interpretação jurídica.

2.2 Diferenças entre princípios e regras

Na doutrina quando se trata da interpretação das normas jurídicas há que se diferenciar entre duas espécies distintas de normas. As teses que promovem essa diferenciação são divididas na doutrina entre: tese da demarcação forte, que defende uma diferença qualitativa entre princípios e regras; e tese da demarcação fraca que defende apenas uma distinção de graus entre os dois tipos normativos.

Dentre os adeptos dessas teses costuma-se distinguir também critérios de diferenciação entre princípios e regras. O primeiro modo de distinção é o da estrutura normativa, segundo os seus defensores os princípios apresentam uma estrutura normativa aberta, abrangendo uma generalidade de situações, ao contrário das regras que apresentam estrutura normativa fechada.

O segundo critério é o do conflito normativo, segundo o qual as normas jurídicas convivem num sistema, de modo que, pode-se identificar uma regra quando, em conflito com outra norma do sistema esta será aplicada ou não. Os princípios são identificados, quando numa situação de confronto com outra norma esse permanece, sem ser necessariamente excluído ou aplicado na sua totalidade.

O terceiro critério é quanto ao modo de aplicação. As regras são aplicadas mediante o critério denominado "tudo ou nada". Seriam como os trilhos de um trem, ou se segue ou não. Quanto aos princípios são aplicados utilizando a regra de ponderação, que visa a atribuição de peso aos valores em conflito conforme o caso concreto, de modo que, podem ter "pesos" diferentes em situações diversas.

2.3 A ponderação de princípios

A ponderação de princípios é o modo de aplicação dos princípios jurídicos. A técnica utilizada surge na Alemanha com o famoso caso Lüth. Quanto à técnica de ponderação tem-se que os princípios são mandado de otimização, uma vez que devem ser aplicados na maior proporção possível. Os princípios estão diretamente relacionados aos direitos fundamentais, pois tem a função de dar amplitude máxima a esses direitos. Só que, ao se ter maior amplitude gera-se também a maior possibilidade de conflitos.

Nesse sentido, toda vez que se for aplicar um princípio deve-se fazer uma confrontação desse com princípios opostos. Então, a primeira etapa da ponderação é

identificar as normas que estão conflitantes *prima facie*. Posteriormente, examina-se os fatos do caso concreto, para que se depois se aplique a técnica da ponderação, com a escolha da solução que permita o maior cumprimento de um princípio, afetando minimamente o princípio contrário.

A crítica feita na aplicação dessa técnica e com devida razão, é que na interpretação pela ponderação incorrer-se-ia de modo inevitável no subjetivismo tão repudiado pela hermenêutica jurídica, que visa de modo inalcançável a objetividade na interpretação das normas jurídicas.

Sobre o problema constata Eduardo Cambi (2011, p. 454):

Os riscos e as insuficiências desse método são, contudo, inevitáveis. Logo, os riscos de subjetivismo, decisionismo e intuicionismo que ameaçam estruturalmente essa metodologia devem ser acompanhados internamente, pelo rigor de racionalização e objetivação dos procedimentos judiciais de ponderação, e, externamente, pela construção de parâmetros materiais de conformidade.

Robert Alexy tenta racionalizar ao máximo o processo acima descrito, por meio de sua fórmula matemática de concessão de pesos a cada um dos princípios em conflitos. Contudo, mesmo assim, a teoria do autor é alvo de críticas, pois apesar do raciocínio lógico empregado na fórmula, no momento de atribuição de pesos aos valores em colisão, não deixa de ser um arbítrio do intérprete.

2.4 Neoconstitucionalismo e o princípio democrático

Diante das características apresentadas sobre o neoconstitucionalismo, questiona-se acerca da possível afronta ao princípio democrático, no que tange, à legitimidade das decisões judiciais que cada vez mais se envolvem com questões que não são meramente jurídicas, mas também políticas, sociais, e econômicas.

Viu-se que o neoconstitucionalismo e a elevação dos princípios ao grau de norma jurídica amplia-se o âmbito de alcance do Direito, visto que estes são dotados de maior maleabilidade e generalidade em relação às regras jurídicas. Nesse contexto, Direito e Política se conectam, conferindo maior importância ao poder Judiciário como agente político.

Nesse sentido, bastante oportuna a observação sobre o Poder Judiciário de Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 12) que determina: "Ao abandonar o *low profile* institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo".

Sabe-se que a noção de democracia formulada pelos teóricos dos séculos XVIII e XIX confere ao poder Legislativo elevado prestígio, sendo este considerado como sendo o mais importante dentre os poderes, pois era o representante legítimo do povo e expressão de sua vontade geral.

Esta concepção sobre o Legislativo como representante da soberania do povo baseia-se na doutrina de Jean Jacques Rousseau. Entretanto, quando o teórico francês lança as bases de sua ideologia, o faz com base num sistema de democracia direta, e não num sistema representativo por meio do Legislativo.

De fato, Rousseau era contrário à democracia representativa. Contudo, após a Revolução Francesa com todas as suas contradições ideológicas como visto no início deste estudo, altera-se a doutrina de Rousseau e funda-se o princípio democrático na representatividade por meio do parlamento.

Entretanto, como os reacionários da Revolução alertavam, dentre eles Edmund Burke, a democracia representativa nos moldes liberais nada mais era do que uma opressão da maioria sobre a minoria. Sobre o tema escreve Burke (1982, p.136) "Disto eu estou certo, que em uma democracia, a maioria dos cidadãos é capaz de exercitar as opressões mais cruéis sobre a minoria".

Ademais, a noção de "vontade geral" em Rousseau é contraditória, pois ao mesmo tempo que estabelece a soberania ser una, considera que parcela desta pertence a cada cidadão. Compreende-se, então, que a noção de governo da maioria e democracia não são sinônimos exatos.

E que muitas vezes a dita "vontade geral" nada mais é do que interesses de grupos que se encontram no poder. Deste modo, no Estado Constitucional verifica-se a existência de uma constituição com um núcleo rígido, contendo em seu bojo um rol de direitos e garantias, os quais não podem ser alterados pela vontade e interesse da maioria.

E ao Judiciário por meio do controle constitucional de constitucionalidade é conferida a guarda e proteção desses direitos. Tal concepção, longe de ferir o processo democrático, o aprimora, pois garante a proteção dos direitos das minorias, que não mais está sujeito as possíveis alterações de humores e inflexões das majorias.

Portanto, fazendo-se uma análise do princípio democrático no Estado Constitucional, poderia se considerar que as decisões judiciais não são antidemocráticas, ao contrário visam

cumprir democraticamente as determinações constitucionais, as quais foram promovidas por uma assembleia constituinte democraticamente formada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No século XX, a Constituição passa ser o centro do ordenamento jurídico, sendo fundamental para a interpretação e argumentação jurídica, influenciando sobremaneira o modo de estudo do Direito e da hermenêutica, resultado de um processo de constitucionalização da legislação infraconstitucional.

Esta nova forma de organização do estado, a saber, o Estado Constitucional, é permeada pela denominada teoria neoconstitucional. E esta é atualmente a teoria jurídica e constitucional hegemônica no Brasil e que proporciona uma postura protagonista por parte do judiciário.

Os princípios, como mandados de otimização, prescrevem que devem ser cumpridos na maior medida possível e não estão sujeitos à aplicação "tudo ou nada", característica das regras jurídicas. Por apresentar elevado grau de indeterminação e alta carga valorativa, a exacerbação de princípios promove o risco de gerar decisões baseadas somente em princípios jurídicos, o que pode dar margem a decisões subjetivas, pautadas nas concepções pessoais do julgador.

O pluralismo e a diversidade que caracterizam a sociedade atual são inegáveis, diante disso, a aplicação da lei ao caso concreto, não é mais a simples subsunção de uma lei genérica e abstrata as particularidades do caso. Não há um único modelo a ser seguido para julgar um caso, deve-se, sobretudo conferir valor e sentido ao litígio.

Nesse contexto, o poder Judiciário exsurge como poder político juntamente com o Executivo e Legislativo, sendo questionada a sua legitimidade para decidir sobre questões que não são eminentemente jurídicas, pois tangenciam problemas políticos, econômicos e sociais, os quais seriam muitas vezes pertencentes à esfera de ingerência do poder legislativo.

Destarte, compreende-se no presente trabalho não se tratar de ferir ao princípio democrático o protagonismo dos tribunais, pois faz parte do contexto do Estado Constitucional a existência de um núcleo de direitos que sejam intangível, o qual a maioria não pode deliberar, garantindo assim, a proteção da minoria. E cabe ao Judiciário a tarefa de guardião dessas garantias.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O "Modelo Constitucional do Direito Processual Civil". *In* JAYME, Fernando Gonzaga; DE FARIA, Juliano Correia; LAVAR, Maria Tereza (coords.). **Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- Burke, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França**. Brasília: Editora da UnB, 1982.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. *In* FUX, Luiz; WANBIER, Tereza; NERY Júnior, Nelson. (coord.). **Processo e constituição - estudos em homenagem ao Professo José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalista**. *In* Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst. Curitiba: ABDCConst., 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- KRIELE, Martins. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. trad. Urbano Carvelii. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. trad. Bruno Miragem; Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- KRIELE, Martins. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. trad. Urbano Carvelii. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7º ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gornet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007

SCHMITT, CARL. **Legalidade e legitimidade**. trad. Tito Lívio Cruz Romão. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. In: Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.