V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIEL VALENTIN

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Valentin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-268-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, por ocasião do V Encontro Internacional do Conpedi, realizado em Montevidéu/UY, de 08 a 10 de setembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelos Professores Doutores Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro, do Brasil, e Gabriel Valentin, do Uruguai. Um total de 15 (quinze) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 3 (três) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se principalmente no universo das teorias decisórias e no próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, democratização do processo e judicialização da política. No segundo, destacou-se o enfrentamento verticalizado dos princípios processuais, vindo à tona principalmente questões relacionadas à segurança jurídica, coisa julgada, dignidade da pessoa humana e cooperação processual. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à técnica processual, quanto então se dialogou sobre o sistema de recursos e precedentes, relações entre direito processual, direito do trabalho e direito administrativo, e o mecanismo de tutela provisória instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gabriel Valentin – Universidad de la República Uruguay

NEOPROCESSUALISMO: UM INSTRUMENTO PARA O ACESSO À JUSTIÇA SOB À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

NEOPROCESSUALISMO: UNA HERRAMIENTA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA A LA LUZ DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Adriane de Oliveira Ningeliski
Laura Jane Ribeiro Garbini Both

Resumo

RESUMO: O Constitucionalismo tem passado por mudanças, alterando paradigmas no que tange a interpretação da norma, surgindo novos meios de interpretação, como o neoconstitucionalismo, perpassando do positivismo ao pós-positivismo, da subsunção da norma à ponderação, trazendo para o contexto jurídico uma nova forma de olhar o processo, sob à luz da Constituição. A presente pesquisa busca demonstrar, a partir do método dialético, que novos significados devem ser dados ao processo a fim de que o acesso à justiça seja concretizado verdadeiramente no seio da sociedade.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

RESUMEN: El constitucionalismo ha experimentado cambios, el cambio de paradigmas en cuanto a la interpretación de la norma, emergiendo nuevos medios de interpretación, como neoconstitucionalismo, pasando por el positivismo de post-positivismo, la subsunción de la norma de ponderación con lo que el marco jurídico de una nueva forma para mirar el proceso a la luz de la Constitución. Esta investigación pretende demostrar, a partir del método dialéctico, nuevos significados se debe dar al proceso para que el acceso a la justicia es verdaderamente encarna en la sociedad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, El acceso a la justicia

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crises de várias ordens, entra em pauta a discussão doutrinária sobre as divergências entre os modelos de constitucionalismo ou novas roupagens, como o neoconstitucionalismo, utilizados no mundo contemporâneo.

Assim, o presente trabalho propõe, de maneira sucinta e de forma dialética, analisar esses institutos, como também trazer uma reflexão sobre como esse novo constitucionalismo estaria influenciando o processo, e mais, como isso poderia alcançar um lugar de destaque na concretização dos direitos fundamentais a partir dessa perspectiva.

Surge o termo neoprocessualismo, em que o processo sai dos bastidores e vai a para berlinda, quando o assunto é efetivação dos direitos fundamentais, tornando-se o instrumento para tanto, justificando-se a relevância do tema.

Desse modo, o presente trabalho divide-se em três capítulos, o primeiro discute o tema constitucionalismo e neoconstitucionalismo; o segundo trata do positivismo e pós-positivismo; e o terceiro remonta questões básicas do neoprocessualismo e do acesso à justiça.

2 CONSTITUCIONALISMO *VERSUS* NEOCONSTITUCIONALISMO

O termo constitucionalismo data de pouco mais de duzentos anos, tendo sido associado aos processos revolucionários francês e americano, apesar das ideias centrais de seu conteúdo centrarem na Antiguidade Clássica, mais especificamente na polis grega (BARROSO, 2009).

No entanto, o primeiro povo que colocou em prática o constitucionalismo foi o povo hebreu, uma sociedade teocrática, na qual esse sistema teve um papel decisivo na história da organização política, pois um traço marcante desse agrupamento foi a limitação do poder secular através de uma lei moral (LOEWENSTEIN, 1979).

Já na Europa Continental, o ponto de partida histórico do direito constitucional foi o constitucionalismo pós-guerra, fato que no Brasil aconteceu com a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização vindo a partir dela (BARROSO, 2005).

O Constitucionalismo reflete-se em um movimento social, político, filosófico e jurídico que questiona os esquemas tradicionais de domínio político do Estado, defendendo o ideal de liberdade humana e a limitação do poder absoluto, pois a Constituição vem a ser entendida como norma superior e fundamental, criando mecanismos de proteção, para repelir o mau administrador e controlar a constitucionalidade das leis criadas pelo legislativo (HERZ, 2012).

> [...] son três las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organização política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoria del Derecho, más concretamente aquella teoria apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideologia que justifica o defende la fórmula política así designada (SANCHIS, 2003, p. 123).

O neoconstitucionalismo requer uma mudança na forma de conhecer o direito, sem espaço para um modelo descritivo, mas sim para um modelo de valores, no qual conhecer a Constituição é, acima de tudo, estabelecer seu valor e não o seu sentido (LOIS, 2006).

> O neoconstitucionalismo efetivamente vem gerando controvérsias. Em um primeiro momento, Ferrajoli pensava que o neoconstitucionalismo poderia ser uma "continuação natural do positivismo, um modo de 'completar' o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional" ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo. Entretanto, recentemente, o mestre fiorentino alterou sua posição: não considera mais sua perspectiva teórica como sendo parte desse fenômeno neoconstitucional. Entende que as posturas teóricas neoconstitucionalistas acabam simplesmente por repristinar teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral (STRECK, 2013, p. 19).

Desse modo "o fundamento normativo do 'neoconstitucionalismo' estaria na instituição, exclusiva ou preferencial, dos princípios nas Constituições do pós-guerra, cujo exemplo seria a Constituição Brasileira de 1988" (ÁVILA, 2009, p.03).

O modelo de neoconstitucionalismo aparece durante o século XX, após a revolução industrial e a segunda guerra mundial, quando as constituições incorporaram de forma expressa em seus textos valores, e o princípio da dignidade humana e outras opções políticas fundamentais, dando corpo ao estado de bem-estar social (HERZ, 2012).

> O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como mar*co histórico,* a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófic,* o 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 constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, 11-12).

Ainda quanto ao neoconstitucionalismo, percebe-se um grande problema de racionalidade, que nasce na ânsia de responder a questões práticas decorrentes de sua teoria.

Ao utilizar instrumentos inadequados, provindos do positivismo, dá azo à criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas, motivadas pela realização de direitos, abrindo portas para uma atuação jurisdicional pragmática, isto é, sem uma teoria dos direitos que lhe dê racionalidade (LOIS, 2006).

Uma característica do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário, tendo como ator principal o juiz, menosprezando instituições como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional, fato que acaba gerando vorazes críticas, como a de que o neoconstitucionalismo seria elitista e refratário ao autogoverno popular (SARMENTO, 2009).

> A procura por uma teoria do direito que esteja apta em complexidade epistemológica e ao mesmo tempo encontre-se comprometida com a consolidação do Estado Democrático requer que se analise, ainda que de forma rápida e não exaustiva, os dois modelos teóricos que até o momento ofereceram sustentação à prática jurídica e constitucional. O primeiro é o de Hans Kelsen (1979) e o segundo, não muito propagado no Brasil, mas de grande importância para se compreender o debate atual, é o proposto por Herbert Hart (1971). Ambos têm matriz positivista, embora este último encontre-se vinculado ao positivismo inglês, notadamente mais aberto e democrático. Porém, é a partir das críticas a esse autor que Dworkin desenvolve a teoria da resposta certa e do direito como integridade e abre as portas para pensar a racionalidade jurídica em tempos de neoconstitucionalismo (LOIS, 2006, p. 267).

Ou seja, o neoconstitucionalismo se caracteriza, ainda, por apresentar-se com mais princípios que regras, mais ponderação que subsunção, mais Constituição que lei, mais juiz que legislador (SANCHÍS, 2003).

Teoricamente, a função dos juízes seria aplicar o direito criado pelos demais poderes, pois para Dworkin os juízes não deveriam criar direitos, mas na prática o fazem, porque as leis e regras são quase sempre vagas e precisam de interpretação no caso concreto. Muitas vezes os problemas são tão novos, que os juízes precisam, sim, criar novos direitos, e quando assim o fazem, espera-se que ajam não como delegados do Poder Legislativo, mas como um segundo Poder Legislativo (DWORKIN, 2003).

Daniel Sarmento apresenta três críticas contra o neoconstitucionalismo. A primeira seria o seu viés judicialista e anti-democrático; a segunda, a preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção; e a terceira, seria que se pode gerar um excesso da constitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indívíduo (SARMENTO, 2009).

3 POSITIVISMO *VERSUS* PÓS-POSITIVISMO

Para Lenio Streck o positivismo seria o coração do direito, existe na teoria do direito

e na operacionalidade, sendo sua condição de possibilidade na história, ou seja, o começo de tudo (STRECK, 2010).

> Aquí se pone de manifiesto que el positivismo jurídico, al concebir el Derecho como un sistema sin lagunas, la decisión como una subsunción estrictamente lógica y con la supresión de todos los elementos del ordenamiento social no reflejados en el texto de la norma, se deja llevar por una ficción inaceptable en la práctica. Todavía en la afirmación de Kelsen, según la cual norma y realidad normada coexisten sin guardar ninguna relación entre sí , se manifiesta el error de un planteamiento que, sin más, aplica al Derecho un concepto de la ciencia actualmente en desuso incluso en el terreno de las ciencias naturales, en lugar de analizar directamente las características propias de la normatividad jurídica, basándose para ello en la aplicación concreta de las normas jurídicas (MULLER, 1989, p. 114).

O positivismo jurídico entende que o direito nasce das práticas sociais ou decisões institucionais explícitas, refutando a ideia de que a legislação pode ser produto da vontade geral ou da vontade de uma pessoa (DWORKIN, 2002). Assim, o fim do positivismo jurídico clássico é tema em discussão recorrente na teoria do direito brasileiro, uma vez que não atenderia mais ao hoje exigente e complexo perfil dos ordenamentos jurídicos atuais, com a divisão absoluta do direito e da moral, algo inaplicável aos dias de hoje (LEITE, 2015).

Dessa forma, a partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber totalmente no positivismo jurídico, havendo uma aproximação quase que absoluta entre direito e norma, numa volta ao jusnaturalismo, o qual concorrentemente o pós-positivismo não vem desconstruir, mas superar o conhecimento convencional, reinserindo ideias de justiça e de legitimidade (BARROSO, 2009).

> O pós-positivismo jurídico, ao resgatar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica jurídica, que ressalta sempre o papel criativo do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que cada vez mais adotam cláusulas gerais (como as da boa-fé e das funções sociais do contrato e da propriedade), permitem concluir que o juiz, ao atribuir sentido o texto da Constituição ou da lei, constrói a norma jurídica no caso concreto (CAMBI, 2007, p. 02).

Assim, a superação histórica do jusnaturalismo e a derrota política do positivismo deram abertura para um conjunto de reflexões sobre o Direito, sua função social e sua interpretação, pois o pós-positivismo busca a legalidade estrita, sem deixar de lado o direito posto. Isto é, tenta fazer uma leitura moral do direito, mas sem se socorrer em categorias metafísicas, em que a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, sem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2005).

> [...] el neopositivismo propone un cierto modelo teórico para la explicacion y descripcion del Derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separacion conceptual entre Derecho y moral. El neoconstitucionalismo, en fin, propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas deberia desarrollarse el derecho real (POZZOLO, 2010, p. 188).

A ideia juspositivista sobre a separação entre o direito e a moral é agradável do ponto de vista político, pois positivismo jurídico não acena para uma única concepção do direito, mas uma pluralidade de concepções que nem sempre são compatíveis (LEITE, 2015).

3.1 Crise do Positivismo e diferenças entre positivismo e pós-positivismo

A crise do positivismo aumenta pelo fato de que as normas advindas das decisões judiciais não são determinadas, mas sim contruídas pelo intérprete, porque o direito interpretado pode afastar-se do direito posto, exarado na fria letra da lei (LEITE, 2015).

Os sistemas jurídicos contemporâneos, no caso o brasileiro, proporcionam ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo, com a utilização cada vez maior de enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, que transferem ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito (BARCELLOS, 2005).

> Sem embargo, a objeção democrática ao processo de constitucionalização também se manifesta neste cenário, pois é preciso avaliar até que ponto é legítimo, numa democracia, amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande "agente" desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo (SARMENTO, 2006, p. 25).

Há certo equívoco na análise das diversas teorias no que tange a relação entre positivismo e pós-positivismo e o papel desempenhado pelo juiz diante da relação entre os Poderes do Estado, pois a dogmática não conseguiu ainda construir o que realmente seria uma postura positivista, na qual a maioria dos juristas ainda combate o positivismo primitivo (STRECK, 2010).

3.2 Regras e princípios

A interpretação das normas constitucionais significa compreender, investigar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. Essa interpretação jurídico constitucional leva à atribuição de um significado a um ou vários

símbolos linguísticos escritos na constituição, através da utilização de determinados critérios que se pretendem objetivos, transparentes e científicos (CANOTILHO, 1993).

No que tange a conceituação de regras e princípios, Paulo Schier entende que "sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem. São ambos comandos normativos vinculantes, imperativos, decorrentes da vontade do poder constituinte" (SCHIER, 2005).

> Regras e princípios fazem parte de uma categoria normativa, pois ambos dizem o que deve ser e são razões de juízos concretos do dever ser. A distinção e a compreensão desses dois tipos de normas constitui um dos pilares essenciais da teoria dos direitos fundamentais e nos ajudará a enfrentar a questão da colisão de princípios e do conflito de regras (PEREIRA, 2012, p. 52).

Portanto, os "princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios" (SILVA, 2209).

> El punto decisivo para la distincíon entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las possibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los princípios son mandatos de optimização, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los princípios y reglas opuestos.
> En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerce exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el âmbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y princípios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (ALEXY, 1993, 86-87).

Assim, as regras são normas que alcançadas o seu fim determinam, comandam, proíbem ou permitem algo definitivamente. São os chamados comandos definitivos, aplicados através da subsunção, enquanto os princípios, são comandos de otimização, fazem com que algo seja realizado na maior medida possível, dependendo não só de suas possibilidades fáticas, como jurídicas, que são determinadas por regras e também por princípios opostos, implicando em ponderação, que é a forma característica da aplicação dos princípios (ALEXY, 2014).

> La coexistência de valores y princípios, sobre la que hoy debe basarse necessariamente una Constitucion para no renunciar a sus cometidos de unidad e integracion y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y princípios se assuma con caracter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir (ZAGREBELSKI, 2007, p. 14).

Em razão de suas características peculiares, regras e princípios entram frequentemente em conflito, e por esse viés precisam ser analisados, a interlocução que fazem entre suas peculiaridades, como se faz a seguir.

3.2.1 Colisão entre regras e princípios

A ponderação decorre da colisão de normas constitucionais, cuja subsunção não consegue resolver o problema ao não conseguir enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas, ou critérios tradicionais na solução dos conflitos normativos, tendo como ponto crucial da matéria o princípio instrumental da razoabilidade (BARROSO, 2005).

> Se o predomínio dos princípios em detrimento das regras emergiu como tentativa de se buscar, dentre outros fins, a afirmação da força normativa das novas Constituições dotadas de carga axiológica bem mais elevada em relação às constituições liberais, de se buscar uma solução mais adequada para os hard cases, de reconhecer a inevitável proximidade entre direito e moral para, com isso, demandar-se, em dadas decisões, um ônus argumentativo ou justificação maior para conferir legitimidade à aplicação do direito, este processo todo, em sua outra face, tem proporcionado também uma fuga da normatividade da Constituição (SCHIER, 2014, p. 53).

A ponderação não se confunde com as fórmulas hermenêuticas tradicionais para a solução de antinomias, pois segundo Ana Paula Barcellos, quando aplicada a técnica da ponderação, há a necessidade de racionalidade e justificação (BARCELLOS, 2005).

Nesse sentido, a função da argumentação, é "[...] o de possibilitar a construção de uma racionalidade ainda que fraca, para os sentidos construídos no momento da aplicação do direito infraconstitucional na perspectiva da constitucionalização (SCHIER, 2014, p. 58).

> A constituição torna-se parâmetro de legitimação e controle de todos os atos estatais e mesmo da comunidade. A dimensão problemática é que, alcançando, com sua força irradiante, impregnante, todos os campos de relação social, a Constituição também corre o risco de banalizar, de se deslegitimar, de se tornar uma constituição "big brother" que, objetivando afirmar a democracia em todos os cantos, acaba por negar idiossincrasias e o pluralism (SCHIER, 2014, p. 53).

Segundo Virgílio Afonso da Silva "as normas jurídicas podem ser regras ou princípios, e se existem conflitos entre regras e colisões entre princípios, é intuitivo que se imagine que possam também existir colisões entre uma regra e um princípio" (SILVA, 2009, p. 51).

> Aparece, então, a necessidade de pensar que teoria do direito estaria apta a oferecer algumas pautas de racionalidade para as decisões judiciais que resultam do novo modelo de tratar o direito e, especialmente, a Constituição. Assim, algumas questões

> teóricas devem ser reformuladas para dar conta dessas demandas. É preciso uma nova ciência jurídica que supere os dilemas criados pela vinculação inexorável entre direito e moral, não somente reconhecendo a presença desta no sistema jurídico, mas oferecendo uma possibilidade de trato racional em sede de princípios (LOIS, 2006, p. 273).

Assim sendo, o direito por princípios necessita de uma metodologia de interpretação e aplicação mais flexível do que a subsunção, com uma técnica de ponderação ligada a razoabilidade prática e instrumentos de equidade (POZZOLLO, 2010) .

Todavia, no que tange as possíveis colisões entre uma regra e um princípio, depreende-se que nada mais é do que o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra (SILVA, 2009).

> [...] há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros – deve, aí sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. (SILVA, 2009, p. 179).

Assim, a ponderação promove um modelo de base racional, porque a deliberação de preferências entre um princípio e outro, e a determinação do porquê de deverem ser sobrepostos a outros, no caso concreto, permite um controle crítico e um controle lógico da decisão, onde a existência de racionalidade nessa fundamentação garante a racionalidade da ponderação (FRISON, 2012).

> Deste modo, Robert Alexy, em sua teoria, desloca a questão da justificação correta da decisão jurídica para o plano da argumentação. A justificação racional do enunciado de preferência só pode ser realizada por meio de argumentação jurídica. E somente essa argumentação jurídica pode conduzir a fundamentação de um enunciado de preferência por um ou outro princípio, de modo racional. Deste modo, Alexy consegue manter a operacionalidade lógica do sistema jurídico dentro dos padrões analítico- normativos e ainda, abrir a decisão jurídica para os valores exteriores ao normativismo analítico do direito (FRISON, 2012, 106-107).

Desse modo, a concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de deve-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão seu âmbito normativo. Se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão entre honra e privacidade, de um lado, e a liberdade de expressão, do outro. Isso porque a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não faz parte do

suporte fático da liberdade de expressão, o suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito (SILVA, 2005).

Entretanto, não é o abandono da pré-compreensão na hermenêutica constitucional, mas a necessidade de levá-la a uma filtragem, a partir do exercício de uma racionalidade crítica, que tome como premissa a ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais (SARMENTO, 2009).

As regras e os princípios têm funções diferentes, não podendo se falar em supremacia de um sobre o outro, ou seja, não se pode afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro, o que poderia afirmar que tem funções complementares e diferentes no que tange a sua eficácia, onde deveria passar da regra ao princípio (ÁVILA, 2009).

Assim, o sistema jurídico funcional, estável, e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto de regras quanto de princípios (SARMENTO, 2009).

4 NEOPROCESSUALISMO

A temática leva uma reflexão sobre a vivência de um novo tempo, no qual o processo é visto para além de um simples objeto, como um instrumento da concretização dos direitos fundamentais.

4.1 A Jurisdição

O conceito de jurisdição fica na atuação do Estado-Juiz de dizer o direito, ou seja, aplicar ao caso concreto o direito adequado, de acordo com o litígio trazido pelas partes (MACHADO, 2013), assim da mudança do paradigma vigente nasce a jurisdição vista a partir da concepção de parte do ente Estatal, sendo literalmente uma das funções do Estado, pela qual entra em cena, como terceiro em substituição do titulares dos interesses envolvidos, com papel de gerenciador do conflito, firmando a vontade do direito objetivo regente da lide, imparcial e neutro (MORAIS, 2012).

O processo tem roupagem, nos dias de hoje, de instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes - ele é uma instituição do Estado, não um negócio em família, ou seja, o processo é um instrumento para

o exercício da jurisdição, a mola do sistema, produtora de resultados externos na vida das pessoas (DINAMARCO, 2001).

A justiça civil, em especial a tramitação processual, não pode ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum ser concebida pela teoria processualista. Deve investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu interior veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou contrários, por exemplo, o interesse entre patrão, consumidores e produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos (SANTOS, 1994).

> O Estado coloca à disposição do cidadão meios destinados a restaurar a paz social, quando esta seja por qualquer forma rompida. Desde que chamou a si a função de compor os conflitos através de seu poder jurisdicional, paralelamente dotou o ordenamento jurídico de instrumentos capazes de propiciar a implementação de sua função (CUNHA, 2001, p. 74).

Assim, o processo, aparece como uma forma de controlar o exercício do poder e a manutenção do mínimo existencial capaz de conservar a dignidade da pessoa humana, como também os demais fundamentos da república brasileira, como o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania e o Estado Democrático de Direito (LEITE, 2015).

4.2. O Novo Processo

A expressão "neo" (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para alterações no modelo, pretendendo colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para de forma crítica construir *"dever-seres"* que ligam os fatos sempre instáveis da realidade ao Direito que, para não se tornar longe da vida, tem de se ajustar às novas situações ou, ainda, mostrar melhores soluções aos velhos problemas (CAMBI, 2007).

O neoconstitucionalismo irradiou suas características, permitindo falar-se em uma nova fase do direito processual civil: o neoprocessualismo, o qual vem para construir um conceito mais amplo de processo, divorciado da prisão da jurisdição, que respalda a necessidade de expansão da criatividade judicial e a utilização de institutos processuais que proporcionem segurança e celeridade do processo (HERZ, 2012).

As principais características do neoprocessualismo são a construção de um conceito mais amplo de processo, desvendando o conteúdo, dos mais relevantes princípios do direito processual civil, justificando a necessidade de expansão da criatividade judicial, e exemplificar algumas técnicas de filtragem de acesso às instâncias superiores e de vinculação

às decisões judiciais (HERZ, 2012).

> A constitucionalização do processo civil proporcionou o *repensar do conceito de processo*, à luz dos direitos e garantias fundamentais: trata-se do neoprocessualismo. Atualmente, o processo não mais pode ser conceituado como uma mera relação jurídica processual. O processo deve ir além: primeiro, conceitua-se o processo pela observância dos direitos fundamentais a ele atinentes, aplicados a uma base procedimental; segundo, impõe-se desatar as amarras que o limitam à atividade jurisdicional, ou seja, é perfeitamente possível a existência de processo fora da jurisdição (HERZ, 2012, p. 20).

Desse modo, o Direito Processual deve ser entendido a partir de valores inerentes à Constituição, não apenas de conceitos clássicos oriundos da própria ciência processual, sabidos como reais direitos fundamentais, como a inafastabilidade ao controle da jurisdição, o devido processo legal e seus corolários, razoável duração do processo, a inadmissibilidade de provas ilícitas e a motivação e publicidade das decisões judiciais. Assim, nessa perspectiva o processo não pode mais ser considerado isolado do resto do mundo jurídico, pois espera-se que ele seja um instrumento efetivo de concretização de direitos fundamentais, não cabendo no conceito, sentenças antagônicas entre si, tendo esse entendimento pacificado pelas Cortes Superiores (HERZ, 2012).

> Se o processo pode ser entendido como um instrumento de realização de direitos fundamentais, a efetividade consiste na potencialidade de um processo atingir melhor os seus objetivos, por intermédio do binômio segurança-celeridade. Logo, a efetividade torna- se, enquanto uma qualidade do processo, a potencialidade da maior realização possível dos direitos fundamentais (HERZ, 2012, p. 20).

Desse modo, posicionar-se a favor do Estado de Direito, reflete querer que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham rigorosamente por finalidade a garantia dos direitos fundamentais (ZOLO, 2006).

4.3. Acesso à justiça

Do fundamento acesso à justiça é possível tirar outros valores processuais como: o princípio da demanda, princípio da autonomia da ação, princípio do dispositivo, princípio da contestação, princípio da eventualidade, princípio da estabilidade objetiva da demanda, princípio da estabilidade subjetiva da demanda (HERZ, 2012).

> No fundo, essa reestruturação traduz a aspiração de garantia de uma efetividade jurídica aos direitos fundamentais e o reconhecimento implícito da dicotomia/oposição entre direitos fundamentais e democracia, entre direitos fundamentais e lei, que, respectivamente, justifica e orienta o ressurgimento do constitucionalismo a partir do segundo pós-guerra. A consagração da jurisdição

> constitucional como verdadeiro coroamento do Estado do Direito (com a consequente grande discussão sobre a natureza e limites funcionais da justiça constitucional), a chamada transição do Estado de legislação para o Estado de Jurisdição, a ideia de Estado de Direito como Estado de direitos fundamentais, são diferentes expressões destas mesmas ideias de fundo (NOVAIS, 2012, p. 58).

Interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais que devem encontrar um resultado constitucionalmente justo através da adoção de um procedimento racional e controlável e fundamentar este resultado também de forma racional e controlável (CANOTILHO, 1993)

O direito ao processo justo abarca as principais garantias processuais, como as da ação, ampla defesa, igualdade, contraditório, juiz natura, publicidade, independência, imparcialidade do juiz, motivação das decisões judiciais, etc, sendo a partir disso sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, um grande desafio para o juiz (CAMBI, 2007).

> Na sociedade atual, em que se asseguram as variadas manifestações da liberdade, não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência com relação a modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas. Vale dizer, há divergência com relação aos valores e com referência ao modo de realização desses valores. A rigor, não há uma solução justa para o conflito e para a realização desses valores, mas soluções que precisam, por algum órgão, ser tomadas para pôr fim ao infindável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los (ÁVILA, 2009, p. 16).

A ideia de neoconstitucionalismo e neoprocessualismo serve de base para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional, não devendo ficar somente no plano teórico (CAMBI, 2007).

Há por uma remessa forçosa do neoprocessualismo ao neoconstitucionalismo que produz a salutar revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas, relevando-se a importância dos valores constitucionalmente protegidos na pauta dos direitos fundamentais na construção e aplicação de um formalismo processua (LEITE, 2015).

> No vocábulo instrumentalismo não implica qualquer espécie de diferença hierárquica entre o processo e o direito material. E, nas sábias lições de Calmon de Passos não aceita a existência de instrumentalidade do processo posto que não há um direito independente do processo de sua enunciação (LEITE, 2015, p. 08).

Assegurando o acesso à justiça, o Poder Judiciário, promove o ajuste de interesses com a resolução da lide, quando houver descumprimento da lei, abuso, desrespeito a convenções e quebra de princípios (BACELLAR, 2012).

É oportuno ressaltar a necessidade da sociedade em que se tenham respostas

concretas e efetivas para os litígios, mas isso só será possível a partir da formação de credibilidade nas instituições juridicionais, Estado (WARAT, 1999).

Claro que num mundo ideal a sociedade devia autorregular-se, onde não haveria a necessidade de acionar o Estado, já que se não houver resistência de outrem, não há lide, e o Poder Judiciário para atuar necessita de provocação (BACELLAR, 2012) .

> Verifica-se que as ideias de conflito e de jurisdição possuem em liame bastante forte. Afinal, a jurisdição dirige-se, essencialmente, à eliminação (ou, como veremos, neutralização) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre as partes. A jurisdição surge, portanto, como poder jurisdicional que, sendo função do Estado, cabe-lhe com exclusividade. A tarefa de dirimir conflitos de interesses passa, pois, a ser exercida por órgãos estatais separados da legislatura e da administração (MORAIS, 2012, p. 58).

A melhor experiência, segundo Aloisio Surgik, a mais excelsa elaboração processual, com rapidez e a mais equitativa distribuição de justiça, apesar da luta de classes, aconteceu em Roma, durante o período clássico, onde o caráter marcante do poder judiciário na época, principalmente na República, foi surpreendentemente a ausência completa de unidade e hierarquia, ainda que o poder judiciário não estivesse separado das demais atribuições da soberania (SURGIK, 1986).

A diferença estava no fato de que a soberania era sim, popular, não somente formal, mas verdadeiramente popular, pois o magistrado, era eleito pelo povo anualmente, era soberano em sua respectiva área de jurisdição, bem como não existiam tribunais superiores capazes de reformar as decisões dos juízes inferiores, ou seja, não existia sistema recursal, apesar de hoje entender-se necessário a existência desse sistema (SURGIK, 1986).

O direito ao acesso efetivo à justiça vem sendo cada vez mais reconhecido, em grau elevado de importância dentre os novos direitos individuais e sociais, já que a titularidade de direitos perde o sentido, na falta de mecanismos para sua efetiva reivindicação, além da preocupação com a efetividade do acesso à justiça ser antiga. Não só isso, há ainda a percepção de que não basta a previsão formal dos direitos, mas a sua eficácia material, sendo que a partir disso pode-se dizer que o conceito de acesso à justiça tem apresentado transformações significativas, principalmente no que tange ao estudo e ensino do processo civil (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Assim, também tem mudado a ideia que a sociedade tem sobre acesso à Justiça, assim como outros institutos têm passado por significativas transformações ao longo do tempo (SILVA, 2005).

Em aspectos terminológicos, o conceito de acesso à justiça sofreu especificamente

influências diretas das modificações sofridas por esse processo civil, de modo que o acesso à Justiça, atualmente, possui nova compreensão (SILVA, 2005).

Pois, "o enfoque sobre o acesso — o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos, também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil." (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Ou seja, num entendimento mais amplo do contexto de acesso à Justiça, segundo Enrico Tulio Liebman, a afirmação de que o Código de Processo Civil, nada mais é do a lei regulamentar, que garante a justiça contida na Constituição (LIEBMAN, 1984).

Até bem pouco tempo, com poucas exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente à realidade do sistema judiciário, pois questões como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso à disponibilidade de recursos para litigar, não eram sequer percebidos como problemas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Destarte, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, que dia após dia tem alcançado destaque, mas também o ponto central e aprofundamento dos objetivos e métodos da atual ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

E assim, quando o assunto é acesso à Justiça, o objetivo direto é torná-lo efetivo, dada sua importância como um dos principais e fundamentais direitos do cidadão, garantindo, sim, o direito e não somente a propositura da ação (SILVA, 2005).

A CF/88 foi o maior ganho da democracia na história do Brasil, e quis prever que todos indistintamente tivessem condições de acessar o judiciário, com extensa garantia de que nenhum direito sob ameaça fosse excluído de seu pálio.

Quando a CF/88 proclama que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988), remontando uma previsão já elencada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declara que o acesso à justiça é um requisito fundamental, talvez o mais básico dos direitos humanos, nos sistemas jurídicos modernos e igualitários, pretendendo garantir, antes de só proclamá-los como direito de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

No entanto, apesar de seu caráter ufanista, o inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, não marca o jurisdicionado como seu precípuo destinatário, e sim o legislador; também não garantindo que sempre sejam examinados no mérito os históricos de danos temidos ou sofridos, lembrando ainda que solução do conflito levado aos Tribunais depende do atendimento das condições de admissibilidade da ação, e, ainda, que o processo que lhe serve

de instrumento atenda aos pressupostos de existência e validade, pois não atendidos esses elementos a lesão ou ameaça ao direito, não terão guarida no judiciário (MANCUSO, 2011) .

Esse fato demonstra a fragilidade da aplicação do princípio, bem como as inúmeras variantes que podem ser atreladas a sua garantia e aplicação, evidenciando o fato que o acesso à Justiça é deveras muitas vezes inaplicável.

O efetivo acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth, vem cada vez mais sendo aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, mas o conceito de efetividade, ainda é abstrato. A efetividade perfeita, em um contexto de um dado direito substantivo, poderia ser demonstrada como a plena igualdade de condições, ou seja, a plena certeza de que a condução final do processo, dependerá somente de méritos jurídicos em relação às partes divergentes, e que nada estranho ao Direito possa interferir na relação processual (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O acesso à justiça equaciona diretamente as relações entre processo civil e justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica, pois na seara da justiça civil, muito mais do que no da justiça penal, pode-se falar de procura, real ou potencial por justiça e quando forem determinadas as suas características internas e medido o seu âmbito em termos quantitativos, é possível compará-la com a oferta da justiça produzida pelo Estado (SANTOS, 1994).

> Percebe-se, portanto, que a nova concepção de jurisdição, inicialmente engendrada pela insurgência do neoconstitucionalismo, também influenciou a doutrina processual civil. […], há uma associação entre o fenômeno do neoconstitucionalismo e a defesa de um protagonismo do Poder Judiciário, que deságua na doutrina que defende o ativismo judicial como algo positivo. Há de se ter em vista, contudo, que uma leitura contemporânea da jurisdição e do processo deve levar em consideração o cumprimento das garantias constitucionais, dentre as quais está o devido processo legal, bem como um projeto de processo constitucional democrático limitado às disposições constitucionais (HERZ, 2012, p. 50).

De fato o processo deve ser encarado, sob uma nova ótica, à luz do neoconstitucionalismo, dando ênfase a uma nova forma de aplicar o direito e de dizer o direito, com um controle racional dos meios de sua aplicação. Dessa forma, o processo precisa ter um novo viés com uma aplicação racional de todo o seu arcabouço, dando efetiva garantia de direitos, através da segurança jurídica e celeridade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de todo cidadão deve ser garantido, e essa garantia tem como instrumento o processo, o qual hoje deve ser visto sob novo aspecto, não mais engessado pelo procedimento, e sim sob a luz da Constituição. O processo deve dar condições ao operador do direito, criar meios eficazes e seguros de aplicação do direito, através da celeridade e da segurança jurídica, otimizando os direitos fundamentais.

A partir dessa nova perpectiva é possível concluir que o neoconstitucionalismo vem proporcionamdo esse espaço de concretização de direitos.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993.

ALEXY. Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. (Org. trad.) Alexandre Travessomi Gomes Trivisonno. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2014.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. BIANCHINI, Alves. GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). Saraiva: São Paulo, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

_____, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. Saraiva: São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Almedina: Coimbra, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** (Trad.) Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CUNHA, Maria Inês Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos.** LTr: São Paulo, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. 8 v.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRISON, Mayra Figueiredo. **O Pluralismo Familiar Constante do Formato de Família: A Constitucionalização do Direito Civil e Dimensões do Concubinato na Promoção da Dignidade da Pessoa Humana.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, Pouso Alegre-MG, 2012.

HERZ, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição – Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo**. (Dissertação) Mestrado em Direito da Univesidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis/SC, 2012.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?. **CAPA**, v. 18, n. 50, p. 18, 2015. Disponível em: http://www.odireito.com/?s1=10&s2=1&s3=2&c1=307&e1=0&t=direito-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo:-o-que-ha-realmente-de-novo-no-direito.html. Acesso em 03 out. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil.** (Trad.) DINAMARCO, Candido Rangel. Forense: Rio de Janeiro, 1984. 1 v.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constituición**. 2. ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1979 (reimp.).

LOIS, Cecília Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 257-278, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15211/13836>. Acesso em: 03 out. 2015. doi:http://dx.doi.org/10.5007/15211.

MACHADO, Anna Catharina Fraga. A Mediação como um meio eficaz na solução de conflito.in SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org). **Mediação de Conflitos.** Atlas: São Paulo, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça** – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas.** CEPC: Madrid, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2012.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Trotta: Madrid, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Trotta: Madrid, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice** – O Social e o Político na Pós-Modernidade. 7 ed. Afrontamento: Porto, 1994.

_____, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BINEMBOJN, Daniel Sarmento e Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, p. 267-302, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**, v. 2, 2006.

_____, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: **Direito Constitucional Brasileiro.** Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem** – Um Caminho para a crise do Judiciário. Manole: São Paulo, 2005.

_____, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais.** Malheiros: São Paulo: 2009.

SILVA, Virgilio. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico.** Malheiros: São Paulo, 2005.

_____ Lenio Luiz. O (Pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes)-dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 7, 2010. Disponível em: http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/77. Acesso em 03 de outubro de 2015, p. 16-17

STRECK, Lenio Luiz. O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A NECESSIDADE DA INSURGÊNCIA DO NOVO: DE COMO O NEOCONSTITUCIONALISMO NÃO SUPERA O POSITIVISMO. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 1, p. 11-28, 2013.

SURGIK, Aloisio. **O Judiciário e o Povo. In Desordem e Processo** – Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho. (org.) LYRA, Doreodô Araujo. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1986.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As Influências Do Neoconstitucionalismo Nos Fenômenos Do Ativismo Judicial E Da Judicialização Da Política No Brasil–Influences Of Neoconstitutionalism On The Phenomena Of Judicial Activism And Judicialization Of Politics In Brazil. **Revista da SJRJ**, v. 21, n. 39, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Em Nome do Acordo** – A mediação no Direito. 2 ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Trotta: Madrid, 2007.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Org.) **O Estado de Direito** – História, Teoria e Crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.