

FREIOS E CONTRAPESOS: SUA EFICÁCIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO PAMPRINCIPIOLOGISMO

CHECKS AND BALANCES: THEIR EFFECTIVENESS IN THE SEPARATION OF POWERS IN THE BRAZILIAN FEDERATION IN THE FACE OF PAMPRINCIPIOLOGISM.

<i>Recebido em:</i>	06/07/2023
<i>Aprovado em:</i>	31/07/2023

Fernando Rodrigues de Almeida¹

Caio Henrique Lopes Ramiro²

Danilo Mathias Ruivo³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo compreender se o pensamento de Montesquieu em dividir os poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário garantiria a sua eficácia na

¹ Doutor em Ciências Jurídicas Pela Universidade Cesumar, sob orientação do Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira, como bolsista CAPES/PROSUP; Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Jr, como bolsista CAPES/PROSUP; Líder do Grupo de Pesquisa "Direito e Memória". Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Maringá (CESPAR); Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.

² Doutor em Direito (área de concentração: Direito, Estado e Constituição) na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM. Possui Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR), graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Marília, mantida pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM) e Licenciatura em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano. Professor no curso de Direito da Faculdade Maringá. Professor adjunto no curso de Direito do Centro Universitário Ingá (UNINGA). Foi professor substituto na Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), campus de Tangará da Serra - MT. Foi professor orientador de trabalho monográfico na pós-graduação em Direito do Estado da Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Tem experiência na área de Direito, com pesquisa na área de teoria do direito, filosofia do direito e filosofia política, ocupando-se de temas como: filosofia do direito, filosofia política, teoria da constituição, forma jurídica, estado de exceção, autoritarismo e democracia.

³ Graduado em Direito pela Faculdade Maringá (CESPAR); membro do grupo de pesquisa "Direito e Memória"; Advogado.

federação brasileira à luz da nossa Carta Magna, trazendo como contraponto a teoria do pamprinciologismo como causa de uma possível preponderância de um dos Poderes sobre os demais. Essa hipótese será deduzida a partir das condições que ocasionariam um latente desequilíbrio democrático. Far-se-á necessário uma certa introdução aos conflitos filosóficos de Carl Schmitt e Hans Kelsen para que avancemos aos prováveis problemas gerados por determinados desequilíbrios em consequência do neoconstitucionalismo e também do chamado pós-positivismo, enquanto se discorre sobre a importantíssima virada linguística e sua abertura semântica. Com isso o presente trabalho utiliza-se de método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Freios e contrapesos. Neoconstitucionalismo. Pamprinciologismo.

ABSTRACT

This article aims to understand whether Montesquieu's thought of dividing the powers of the State into Legislative, Executive, and Judiciary would guarantee its effectiveness in the Brazilian federation in light of our Constitution, bringing as a counterpoint the theory of pamprinciologism as a possible cause of one of the Powers' preponderance over the others. This hypothesis will be deduced from the conditions that would lead to a latent democratic imbalance. A certain introduction to the philosophical conflicts of Carl Schmitt and Hans Kelsen will be necessary in order to address the probable problems generated by certain imbalances resulting from neoconstitucionalism and also from the so-called post-positivism, while discussing the highly significant linguistic turn and its semantic openness. Therefore, this study employs the hypothetical-deductive method through bibliographic research.

KEYWORDS: Checks and balances. Neoconstitucionalism. Pamprinciologism.

1. INTRODUÇÃO

Desde Platão se tem a noção que a concentração dos poderes em um só ente ou pessoa é o método perfeito para conduzir a nação à governança nos moldes tirânicos. Como forma de coibir tal concentração absoluta de poder, nasce o sistema de freios e contrapesos, onde o poder controla o próprio poder, ou seja, cada poder é autônomo e exerce determinada função a ser controlada pelos outros poderes. Assim, para a preservação do Estado de Direito, há de se ter estruturas democráticas seguras e resolutas, sendo de suma importância conhecer a Tripartição dos Poderes, bem como suas nuances, com o intento de conscientização da defesa da nossa Carta Magna, objetivando impedir atos antidemocráticos que colocariam em risco a democracia.

Pois bem, essa introdução ao pensamento político constitucional vem a datar das relações entre os hebreus, sustentada por uma forma clássica, que de tal sorte o Estado seguia uma forma teocrática. Essas ideias primárias, de certa maneira, foram basilares para a concepção do constitucionalismo contemporâneo, do qual institui formas garantistas sob o manto dos direitos fundamentais.

Para alcançar o discernimento de reconhecer a necessidade do constitucionalismo para uma organização ideal do Estado pelo prisma da garantia de uma vida digna do povo, teorias como a de Carl Schmitt e de Hans Kelsen foram de suma importância. Enquanto, respectivamente, um levantara a inevitável necessidade de uma autoridade soberana, chegando a um decisionismo implacável; o outro, por sua frente, intentava um purismo metodológico a ser seguido categoricamente. Resta frisar que não se faz possível esgotar o debate entre tais teorias neste único estudo, trataremos em linhas gerais, as condições resultantes delas e suas expressões marcantes na história.

Quando falamos de democracia, estamos, na verdade, referindo-nos a um regime de governo onde sua causa e razão é o povo, e deste emana todo o poder, em contraste ao autoritarismo ou absolutismo. Assim como pontuamos no início, é preciso do equilíbrio da Tripartição dos Poderes, sem o protagonismo de qualquer um deles, pois caso isso ocorra,

estaremos dando ensejo ao enfraquecimento da democracia. À medida que o decisionismo estaria paralelo ao autoritarismo, o positivismo jurídico também poderia encontrar certos desafios, pois as leis, em determinados casos, estão suscetíveis ao erro, que desaguariam por inflar com aspectos morais, éticos e sociais as decisões do Poder Judiciário.

Assim, quando se observa tais problemáticas, em meados do século XX, acontece um movimento representando a relação entre a filosofia e a linguagem no ordenamento jurídico. Essa virada linguística vem para tentar coibir um possível protagonismo de algum dos poderes, intentando a garantia da democracia parlamentar, protegendo sua forma constitucional.

2. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Sob o baluarte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigora a separação dos poderes que governam este Estado Democrático de Direito. Tal forma de descentralizar o poder é produto de um profundo contexto histórico no Estado de Direito que visa refrear e neutralizar a formação de poderes hegemônicos no Estado.

Nessa separação, da qual a teoria fora concebida por Montesquieu (2007, p. 168-169), verifica-se que para o pleno desenvolvimento do Estado é preciso da partição dos poderes em três órgãos, sendo eles o: Executivo, Legislativo e Judiciário. De tal sorte, o Poder Executivo estaria incumbido de executar, fiscalizar e gerir as leis do país; para o Poder Legislativo caberia a propositura de leis; e o Poder Judiciário seria responsável por julgar e aplicar as leis.

E através dessa estruturação de poderes, surge a teoria dos freios e contrapesos, que, pelas palavras de José Afonso da Silva, é o caracterizador da harmonia entre os poderes:

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente

colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos (SILVA, 2014, p. 113).

Podemos observar então, que a autonomia de cada poder é fundamental para o equilíbrio e manutenção do Estado. Sendo assim, plenamente livre o exercício das suas respectivas funções, das quais apenas restará suscetível ao controle dos outros poderes com o fim de conter possíveis abusos do mesmo. Em outras palavras, o poder freará o poder.

2.1 ABERTURA DA RACIONALIDADE POR UMA MOLDURA SEMÂNTICA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de mais nada, faz-se necessário formularmos uma rápida análise sob a ótica histórica, filosófica e teórica do direito constitucional.

Esse fenômeno jurídico-político teve sua origem entre as relações dos hebreus, onde fora concebido o constitucionalismo hebreu, passando para o constitucionalismo grego, depois o constitucionalismo romano, e por fim o constitucionalismo inglês. Todo esse esquema inicial é chamado pela doutrina de constitucionalismo antigo (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 35).

Posteriormente, ponto este que julgamos primordial para o entendimento da temática, veio a ser demarcado o constitucionalismo moderno, surgido ao fim da Primeira Guerra Mundial, o qual trouxe os direitos fundamentais de segunda geração. Aqui, o Estado tem uma atuação positiva e fica responsável por efetivar os direitos sociais com o intuito de garantir uma vida digna na sociedade.

Nesse período, predominava o positivismo jurídico (do qual trataremos adiante) com suas escritas rígidas, dando a Constituição ares não mais de uma mera carta política, mas sim de uma norma jurídica máxima, manifestada pela sua supremacia formal.

O formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o *modus faciendi legal* e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente

legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal. A juridicidade pura se transformou em ajuridicidade total. (BONAVIDES, 2004, p. 175)

Nessa noção de constitucionalismo moderno, a Lei e o Princípio⁴ da Legalidade eram os elementos de legitimação do Direito, o campo de validade das normas jurídicas se baseava apenas em seu caráter formal, não se valorava princípios metajurídicos de moral ou direito natural.

Pois bem, através do positivismo jurídico, o Poder Legislativo detinha sua onipotência, legitimando grandes massacres ao rigor da Lei. Pelas palavras de Paulo Bonavides:

[...] o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei [...]. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana. (BONAVIDES, 2004, p. 424)

Após os grandes acontecimentos que permeiam o século XX, momento marcado pelas intervenções estatais autoritárias, evidenciando a máxima onipotência do Estado em desfavor da liberdade individual, o constitucionalismo moderno que gozava desse positivismo jurídico bárbaro, foi amplamente questionado. Desse modo, foi ganhando grande apreço o constitucionalismo norte-americano, do qual trazia em seu texto a imposição de limites ao legislador sob o manto dos direitos fundamentais. Aplicando, nesse momento, a

⁴ É importante pontuar, até para os fins que o presente trabalho pretende chegar, que utilizamos o termo “princípio da legalidade” por se tratar da forma mais reconhecida de expressão jurídica, mas entendemos que tal norma não apresenta um mandamento de otimização, tampouco uma hermenêutica que permita uma abertura semântica, portanto conquanto, para fins didático-metodológicos nomeamos esse dispositivo normativo da forma habitual, entendemos a legalidade, por se tratar de uma norma de resultado pleno, como uma regra.

ideia do pós-positivismo que garantiria a interpretação e aplicação do direito constitucional pelo prisma moral e valorização humana, unindo o jusnaturalismo ao positivismo.

Assim fora concebido o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo como também é chamado, advindo da consequência da insuficiência do Estado em assegurar a dignidade humana pela teoria jurídica anterior. Este movimento compreende os direitos fundamentais de terceira geração trazendo a forma de se interpretar o Direito pela ótica da relevância dos direitos humanos, sendo a dignidade da pessoa humana o cerne da Constituição.

3. RACIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

A racionalidade e o ativismo judicial são dois conceitos fundamentais que têm moldado o discurso em torno do papel do Poder Judiciário em uma sociedade democrática. A racionalidade refere-se à aplicação do raciocínio lógico, análise objetiva e princípios legais no processo de tomada de decisão dos juízes. Ela enfatiza a importância da consistência, previsibilidade e aderência às normas jurídicas estabelecidas. Por outro lado, o ativismo judicial envolve uma postura mais proativa dos juízes, na qual eles interpretam e aplicam a lei de forma a promover mudanças sociais, corrigir injustiças e preencher lacunas normativas. Esses dois conceitos são frequentemente discutidos no contexto do sistema jurídico, pois levantam questões sobre o equilíbrio entre a independência do Judiciário e os limites da sua atuação no processo democrático, será esses os elementos observados nesse tópico a partir de hipóteses teóricas que recaem diretamente no problema.

3.1 O PROBLEMA DO DECISIONISMO NA DEMOCRACIA

Quando se trata de Constituição, é impossível se dissociar de Carl Schmitt, pois, como é sabido, este foi um dos primeiros a tratar sobre o tema de forma organizada e metodológica, construindo assim a teoria decisionista como elemento de validade do sistema normativo.

Sendo o precursor desta corrente de pensamento jurídico, Schmitt defendia a ideia de ter como base fundamentadora, a excepcionalidade.

Para ele, em tempos de exceção, não há fonte formal de Direito que tenha seu normativismo aplicado. Dessa forma, Schmitt encontra sua força depositada na hipótese onde a fonte de todo Direito seja uma autoridade soberana, sendo desde a legitimidade da Constituição uma consequência de seu decisionismo.

A soberania consistiria então num arbítrio desvinculado e, conseqüentemente, na possibilidade de uma autoridade pessoal relativizar, abolir ou suspender as normas que dela emanam. É nesse sentido que a soberania se determinaria como a possibilidade de, diante da lei, decidir uma exceção à norma por ela constituída (SÁ, 2009, p. 08).

Essa decisão soberana defendida por Schmitt é a materialização de todo o poder do Estado nas mãos de um indivíduo, travestida com pressuposto de que na democracia parlamentar não haveria a possibilidade de decisão em tempos de “nada jurídico”, do qual o autor chamava de “estado de exceção”. Porém, nesse ponto, observa-se que as ideias do autoritarismo e do decisionismo se desenvolvem e estão ligadas na impossibilidade parlamentar de decisão, ocorrendo a suspensão normativa com o intuito de reestruturação da ordem de maneira objetiva e essencialmente soberana⁵.

Portanto, o decisionismo de Schmitt choca-se intimamente com os ideais sustentados pelo positivismo normativista de Kelsen, o qual entende que o povo é quem deve ser soberano, ou seja, “se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos” (KELSEN, 2000, p. 28).

⁵ Cabe aqui um interlúdio para observar que, por mais que o presente artigo não pretenda esmiuçar o trabalho schmittiano, apenas considerá-lo como um importante elemento do constitucionalismo moderno. É relevante estatuir que o autoritarismo de Schmitt não é visto como um sistema tirânico, mas sim uma expressão popular pelo Soberano a partir da Teologia Política, ou seja, nas palavras do autor, trata-se da união entre o Estado, o Movimento e o Povo [Staat, Bewegung, Volk] (SCHMITT, 1993, p. 12) em que há a formação do estado a partir de uma democracia vicária, fundamentada em um movimento identitário de um povo autodeterminado.

Para estabelecer todo esse sistema normativo, Kelsen utiliza como fundamento final das normas jurídicas, uma outra norma. Em outras palavras, pela lição do ilustre Fernando Rodrigues de Almeida (2021, p. 47), “logo, a produção normativa é legítima por basear-se em uma norma superior e ser produzida pelo próprio ordenamento. Ou seja, o sujeito de conhecimento produtor da norma é, ao mesmo tempo, sujeito de direito definido por uma norma interna [...]. A norma produz a norma, que encontra legitimidade em outra norma superior”.

Nesse fulcro, para Kelsen, a democracia parlamentar seria a única forma viável de alcançar a equidade dos sujeitos de direito, pois o poder emanará do povo através de seus representantes, dos quais irão defender seus ideais no parlamento.

Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário - no âmbito do parlamentarismo - tem condições de realizar. Já é característico que, na prática, ele se mostre compatível com a proteção da minoria. De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 2000, p. 67)

Na democracia parlamentar não vemos espaço para decisionismos, pois há a possibilidade de participação pluralista no constitucionalismo democrático, isso através da escolha de seus representantes pelo voto. Em outras palavras, destes emanará a vontade do povo nas tomadas de decisões e também o curso que o Estado seguirá.

3.2 O PROBLEMA DA HIPERGÊNESE DO PODER JUDICIÁRIO

Destarte, a maneira tripartite de poderes, formada pela união harmônica do Executivo, Legislativo e Judiciário ainda pode encontrar certos percalços no seu caminho ao controle ideal e eficaz.

Pelo juspositivismo de Kelsen, a função do judiciário seria a de dizer o Direito por meio de sua aplicação ao caso concreto, sendo de suma importância que a autoridade judiciária abdique de juízos de valor, visando a imparcialidade e a devida tutela jurisdicional do Estado, exercendo assim seu papel social esperado.

Dessa forma, em hipótese alguma caberia aos mesmos, a função de modificar ou desrespeitar o Direito Positivo, muito menos a criação de novas normas. Há uma obrigação com a ordem jurídica ainda que as leis estejam suscetíveis ao erro. Assim, Streck (2018, p. 230) em poucas palavras, mas com excelência, diz que “em uma democracia, quem faz as leis é o parlamento e o Judiciário as faz cumprir”.

O Judiciário está sob o manto do controle de constitucionalidade da lei, e fora confiado a este órgão o exercício dessa prática. Porém, por essa competência, há de se ter cautela, pois, pelas palavras de Paulo Bonavides, isso é capaz de produzir:

[...] um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política. Com efeito, ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado. Graves objeções relativas pois à preservação de princípios básicos como os da separação e igualdade de poderes acompanham de perto a fórmula do controle judiciário, sem contudo lograr uma quebra da extraordinária importância que se tem atribuído ao seu emprego [...]. (BONAVIDES, 2004, p. 301)

Por esse prisma, vemos que o Poder Judiciário se diferencia dos demais poderes a começar pelo seu exercício técnico da função pública⁶. Como se sabe, as autoridades judiciárias são admitidas sob certas qualidades em razão de seu conhecimento jurídico, enquanto o Poder Legislativo e Executivo tem no seu exercício, essência e características políticas.

⁶ Por mais que não haja espaço para essa discussão no presente trabalho isso pode ser complementado em Luhmann (LUHMANN, 1983, p. 48), com a ideia de hipertrofia da auto-poiese dos sistemas sociais.

Acontece que, o Poder Legislativo, do qual se confia o compromisso social, promovendo os desejos e anseios do povo na forma de criação das leis, muitas das vezes se encontra em conflito, assim como o Poder Executivo, recaindo sobre o Poder Judiciário certa função de promover a Justiça com a devida sensibilidade social, deixando de lado a severidade do positivismo instituído, assumindo, por consequência, certo protagonismo que pode estar a fragilizar a democracia.

Não é de se estranhar que, dessa forma, o purismo jurídico-científico do Direito acaba por se inflar com aspectos morais, éticos e sociais, indo na contramão do que Hans Kelsen formulara, onde se buscava o controle jurisdicional sobre o formalismo hierárquico das leis, sem qualquer influência que não fosse normatizada.

Migrando para o Brasil contemporâneo, com efeito do já exposto, Lenio Streck observou e concebeu a teoria chamada de “pamprincipiologismo”, da qual, pelas palavras do mesmo:

O pamprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. (STRECK, 2018, p. 291)

Não há dúvida que é preciso se ater ao equilíbrio dos Poderes para a manutenção do Estado, pois quando um enfraquece, ou está completamente concentrado na resolução de tensões pragmáticas, outro se tornará protagonista. Na mesma linha de raciocínio, Lenio faz algumas observações:

É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um alibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados. (STRECK, 2012, p. 09)

A normatividade de enunciados principiológicos dá luz ao chamado “pós-positivismo” ou “neopositivismo”, onde encontramos então uma ponderação entre lei e moral, ou seja, uma intervenção dos valores e princípios no desfecho de casos espinhosos no Poder Judiciário.

Face ao exposto, gradualmente surgem mais princípios com relevância normativa, o que, sob o prisma do purismo metodológico, pode vir a desvirtuar a natureza da Constituição da qual desde seu nascedouro se embebedou da fonte dos direitos fundamentais; logo, seu formalismo hierárquico foi basilar na sua criação.

4. PRINCIPIOLOGIA E MOLDURA SEMÂNTICA

O presente tópico se concentrará na função sistêmica normativa a partir da virada linguística e com o advento da hermenêutica principiológica, isso porque, devemos observar que a fundamentação da abertura cognitiva da principiológica não permite uma superação da função normativa do positivismo metodológico, ao contrário do que uma possível hipertrofia jurídica causaria.

4.1 A VIRADA LINGUÍSTICA

É oportuno frisar que no século XX, ao passo que fora se observando as lacunas insuperáveis e as insuficiências do positivismo jurídico aplicado nos casos de alta complexidade, o modelo jurídico positivista de Kelsen abre as portas à discricionariedade judicial para a resolução destes, dando espaço para elaboração de um discurso filosófico ajustado aos moldes da cientificidade.

Nesse fulcro, Herbert Hart em sua obra de fundamental importância para o Direito, chamada “O Conceito de Direito”, manifesta grandes críticas ao formalismo e ceticismo sobre as regras. Assim, Hart leciona que:

[...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qual quer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus

poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. (HART, 2001, p. 336)

Destarte, a referida criação do direito é, no entanto, a criação de uma norma que procede de um texto legal anteriormente validado ou se justifica pela ausência do mesmo. Dessa forma, os filósofos passaram a canalizar suas forças na linguagem em todos os sentidos, gerando assim a chamada virada linguística, representando a relação entre a filosofia e a linguagem, principalmente no ordenamento jurídico.

Toda essa virada linguística tem seu alicerce na hermenêutica do direito, mas uma hermenêutica que está além de uma mera interpretação. Essa hermenêutica vem carregada por um conceito mais extenso e complexo, o qual se explica através da soma de teorias que nos conduz finalmente à interpretação ou compreensão da coisa, e isso se dá não somente pela análise da norma expressa, mas da valoração do que possa atribuir sentido e significado.

Por esse prisma, Fernandes (2020, p. 173) suscita que:

A compreensão, necessariamente, acontece em uma dimensão histórica, o que exige do estudioso uma tomada de consciência de que, em cada tempo, em cada momento histórico, as visões de mundo podem ser - para não dizer que necessariamente serão - distintas do momento presente, o que, indubitavelmente, fecha as portas para qualquer ambição objetivante por parte da hermenêutica.

Portanto, essa ideia de discricionariedade fica limitada ao entendimento lógico que deriva da soma de fatores que não envolvam a pura vontade do interpretador, e a virada linguística é exatamente isso: a hermenêutica do direito com base na conservação da ordem positivista, sem alterações legais, intentando uma segurança jurídica adequada.

Para sustentar essa ideia, podemos observar que pela leitura de Almeida (2022, p. 316), o mesmo, brilhantemente ensina que “a principiologia necessita de uma relação estrita

entre a fundamentação do enunciado e seu significado linguístico, a partir de uma metodologia ordinatória dos limites possíveis do exercício de linguagem”.

Sendo assim, parece que a virada linguística trouxe não a necessidade de vencer o purismo metodológico de Kelsen, mas sim de obter uma moldura semântica onde o discurso fundamentador se organizaria aos moldes da cientificidade.

Essa forma de aplicabilidade do Direito foi ganhando grande impulso na segunda metade do século XX, tendo cada vez mais consideração, principalmente no início do século XXI, conforme se demonstrará no tópico seguinte.

4.2 A ABERTURA SEMÂNTICA COMO AFIRMAÇÃO FORMAL DA DEMOCRACIA PARLAMENTAR

É pertinente dizer que, em virtude da virada linguística, quando Hart trata das críticas ao formalismo e ceticismo sobre as regras, trouxe à tona a noção de textura aberta do Direito. Dessa abertura semântica, haveriam espaços vazios dos quais seriam preenchidos pela discricionariedade judicial, aos moldes do preceito legal.

Isso significa dizer que o direito consistiria em um sistema de regras que devem ser exploradas a partir da textura aberta da linguagem. Isso posto, convém observar que nas palavras do próprio autor:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148)

Partindo dessas considerações, cabe trazeremos a este estudo, a noção da força normativa da Constituição, teoria concebida por Konrad Hesse sobre a temática em pauta. Hesse defende uma perspectiva deontológica (vinculada à teoria kelseniana do “dever-ser”) que preserve o caráter normativo da Constituição, mas para isso deve haver a vontade de se cumprir a Constituição.

Hesse, em sua teoria, apresenta três qualidades a serem consideradas para que se tenha o interesse de submeter-se a ordem normativa:

[...] [1ª] compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. [2ª] Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). [3ª] Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. (HESSE, 1991, p. 19-20)

Isso é, quanto mais o conteúdo normativo e a realidade atual tiverem correlação, maior será a consciência social e conseqüentemente, maior cooperação do coletivo; faz-se necessário que o conteúdo normativo tenha a inata capacidade de se moldar às condições sociais, políticas e econômicas atuais.

Assim, a capacidade do conteúdo normativo de se ajustar ao cenário em que a sociedade se encontra, garante-se pela abertura semântica e hermenêutica constitucional. Tarefa essa confiada ao Poder Judiciário, pois este estaria habilitado para tanto.

Assim, Hesse, sopesando esse entendimento, apresenta o seguinte ponto:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derrogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p. 13)

Convém observar que a força normativa da Constituição não deriva somente da vinculação a um cenário atual, e isso nos leva diretamente ao posicionamento de Lenio Streck, pois se verdade fosse, é evidente que o caminho vai de encontro ao protagonismo judicial

conforme se pontuou em algum momento neste trabalho. Assim, para garantia da democracia parlamentar, a forma constitucional deve permanecer mediante o balanço entre a Constituição jurídica e a Constituição real conforme postulado por Konrad Hesse.

Como já visto, o neoconstitucionalismo veio para atender a necessidade de vencer o positivismo legalista, trazendo a ponderação de valores às decisões. Todavia, conforme Streck leciona, diante dessa situação, o neoconstitucionalismo estaria suscetível a um forte ativismo judicial anunciada pela teoria do pamprincipiologismo:

O neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente. [...] Ou seja, o mundo prático que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratidade própria da ideia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço da “pamprincipiologia”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade. (STRECK, 2014, p. 133-134)

Parece conveniente dizer que há a necessidade de uma moldura semântica delimitadora, onde o Poder Judiciário estaria integrado. A democracia não pode submeter-se ao exercício subjetivo do magistrado, pois isso se traduziria na fragilização da mesma.

Por fim, em virtude da hermenêutica procura-se o equilíbrio entre o positivismo clássico, dotado de uma concepção objetivista na qual a lei e o direito teriam o mesmo conceito; e o neopositivismo, possibilitador de uma desenfreada criação de princípios de relevância normativa.

CONCLUSÃO

Com o fim não de esgotar o tema, mas sim de trazer a temática para o debate, neste trabalho abordamos desde as formas clássicas do constitucionalismo à sua forma contemporânea, trazendo os recortes históricos e filosóficos que foram basilares para a

consolidação da democracia no Estado de Direito. Contudo, face ao exposto, parece oportuno destacar a seguir certas conclusões de relevo.

Em primeiro lugar e de fundamental importância, fomos capazes de verificar a indiscutível necessidade da autonomia de cada poder para o exercício, equilíbrio e manutenção do Estado. Fazendo com que o Executivo, Legislativo e Judiciário se encontrem num cenário para o livre desempenho de suas respectivas funções, caso contrário, restará invocada a teoria dos freios e contrapesos onde o poder freará o próprio poder.

Não é de se estranhar que o Direito é considerado um organismo vivo. Isso fica demonstrado com o passar dos séculos, pois o Direito foi se moldando e sempre se encontrará em constante evolução, assim como viera a ser concebido o neoconstitucionalismo: consequência da insuficiência do Estado em assegurar a dignidade humana pela teoria jurídica anterior, atentando-se a uma interpretação e aplicação do direito constitucional por um prisma moral e valorização humana, unindo, assim, o jusnaturalismo ao positivismo para que então se alcance a democracia desejada, onde sua causa e razão é o povo, e deste emana todo o poder.

Faz-se importante ressaltar que, na democracia parlamentar, não encontramos qualquer espaço para decisionismos proclamados por uma autoridade soberana, a qual veio a ser defendida por Carl Schmitt. Nela encontramos a participação pluralista, onde o povo escolhe seus representantes através do voto, os quais irão defender seus ideais no parlamento, bem como o curso que o Estado seguirá.

Se por um lado nos resguardamos de uma autoridade soberana, a qual ditaria o curso de todas as decisões, não encontraríamos sentido, caso esse decisionismo estivesse na mão de qualquer um da tríplice divisão dos poderes. Quando se trata do Poder Judiciário, através do chamado “pós-positivismo” ou “neopositivismo”, encontramos então uma ponderação entre lei e moral, ou seja, uma intervenção dos valores e princípios, que expõem gradualmente mais princípios com relevância normativa, o que causa um certo

corrupção da Constituição e conseqüentemente o enfraquecimento da democracia como um todo.

E como bem fora dito, o Direito estará sempre a se moldar, e posto isso, com a virada linguística, a aplicabilidade do Direito encontrou uma nova roupagem. Obteve uma moldura semântica onde o discurso fundamentador das decisões se organizaria aos moldes da cientificidade, ou seja, faz-se necessário um elo justo entre a fundamentação do enunciado e seu significado linguístico. Caminhando ao purismo metodológico de Hans Kelsen, tentando uma indubitável segurança jurídica.

Em última análise, por essa abertura semântica delimitadora, baseada na hermenêutica jurídica, trouxe o sopesamento do positivismo clássico, com suas escritas rígidas, manifestada por uma supremacia formal; e o neopositivismo, o qual traria um inflar das decisões do Poder Judiciário com aspectos morais, éticos e sociais.

Por fim, mesmo diante de todos os apontamentos apresentados, reitero a necessidade do debate acadêmico-jurídico para a conscientização da temática posta, pois, conforme podemos observar pela teoria do pamprincipiologismo, ainda há certas lacunas e problemas a serem enfrentados, acusando ser indispensável um rigor mais eficiente nas fundamentações dos julgamentos aplicados diariamente pelos Tribunais.

REFERÊNCIAS

ALÉCIO, S. M. dos S.; MOTTA, I. D. da. DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E POLÍTICAS PÚBLICAS: MAPEAMENTO DOS PERÍODICOS CIENTÍFICOS JURÍDICOS BRASILEIROS QUALIFICADOS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 152-172, 2023.

ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. **Validade contra a gênese: sobre poder, direito e violência**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2021.

_____. **Personalidade contra o meio: sobre a natureza de indivíduo, pessoa e personalidade como direito**. Tese de Doutorado. Maringá: Universidade Cesumar, 2022.

ARAÚJO CHERSONI, F. de; GOULART, F. A. O UTILITARISMO HUMANISTA E AS INTERDIÇÕES DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS: O CASO DE SANTA CATARINA. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 26-49, 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAIRES MOREIRA, M.; ÁVILA, G. N. de. O PODER DE INFLUÊNCIA DA MÍDIA: UMA ANÁLISE DO CASO GOLEIRO BRUNO FERNANDES. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 50-76, 2023.

CARVALHO, N. C. B. de; NUNES, D. H.; GIMENEZ, M. O TEMOR DAS JANELAS QUEBRADAS NA PRAÇA DA SÉ: A RESISTÊNCIA À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 122-158, 2023.

CAVALCANTE BUHATEM FERNANDES, J. V.; BRUZACA, R. D. O INSTITUTO JURÍDICO DA POSSE E A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL CONFERIDA AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS COLETIVOS NA COMARCA DE SÃO JOSÉ DE RIBAMAR/MA. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, 2023.

COUTINHO BECKER, E. M. .; GOMES RODRIGUES FERMENTÃO, C. A. A ADI 4275 DO STF ACENDEU UM FAROL NA PENUMBRA DA DOR DO CONSTRANGIMENTO PELO PRECONCEITO E INTOLERÂNCIA, PARA BRILHAR O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA E DA PERSONALIDADE DOS TRANSEXUAIS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 41-69, 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DE MORAES RISSATO, G.; SILVA GALDINO CARDIN, V. DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS PARA GARANTIA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 1-25, 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERREIRA BRITO, V. H.; FACHIN, Z. A. PRIVACIDADE E SEGREDO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS MÉDICAS CONSENTIMENTO INFORMADO E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 173-192, 2023.

FRIEDRICH, D. B.; LEITE, L. M. F.; GRAEFF, G. de S. AÇÕES AFIRMATIVAS DE GÊNERO NA ESFERA POLÍTICA: UM BREVE RESGATE NA HISTÓRIA RECENTE DO BRASIL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 215–238, 2023.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACIEL, L. P.; MOLLICA, R. DEMANDAS JUDICIAIS TRIBUTÁRIAS E O IMPACTO NO DIREITO CONCORRENCIAL. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 159–185, 2023.

MOREIRA, M. C.; SIQUEIRA, D. P. O DECLÍNIO ÉTICO NA PÓS-MODERNIDADE: ANÁLISE DO DISCURSO DE ÓDIO ONLINE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 104–127, 2023.

NUNES, L. I.; BREGA FILHO, V. LIMITES AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EMBASAMENTO CIENTÍFICO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 1–22, 2023.

PEDROSA, O. R.; SIQUEIRA, D. P. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A ADOÇÃO DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM FACE À OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 101–121, 2023.

RODRIGUES DE ALMEIDA, F.; FERRAREZE MANDADORI, I. ESTADO DE EXCEÇÃO E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO:: CONTEXTO DE CRISE DO LIBERALISMO REPRESENTATIVO DA AMÉRICA LATINA E A DEMOCRACIA COMO APARÊNCIA. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 77–100, 2023.

SÁ, Alexandre Franco de. O poder pelo poder: Ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder. Tese de Doutorado. Disponível em
<<https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/610/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Do>

utoramento_Alexandre%20Franco%20de%20S%C3%A1_O%20Poder%20p.pdf>. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2006.

SALES, I. C.; LEHFELD, L. de S.; SILVA, J. B. POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL E A NECESSIDADE DO MONITORAMENTO:: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROGRAMA MUNICÍPIO VERDEAZUL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 23–40, 2023.

SANTOS, C. L. dos; SCHMIDT, J. P. JUVENTUDES, ELEIÇÕES E PARTIDOS POLÍTICOS: SUB-REPRESENTAÇÃO DE JOVENS NAS ELEIÇÕES DE 2010, 2014 E 2018. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 128–151, 2023.

SCHMITT, Carl. **Staat, Bewegung, Volk. Hamburg.** Hanseatische verlagsanstalt, 1933.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun, 2012.

_____. **Jurisdição Constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES TEIXEIRA, S.; GONDIM CHAVES REGIS, L. A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AP 969/DF À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 193–214, 2023.