

FACULDADE BAIANA DE DIREITO.
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO.
TURMA 2017.1.

RÔMEL FILIPE SANTOS E SANTOS

**O NEOCONSTITUCIONALISMO EXTREMO E SEUS EFEITOS NA
FUNÇÃO ATÍPICA LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO.**

SALVADOR, BAHIA.
2018.

RÔMEL FILIPE SANTOS E SANTOS

**O NEOCONSTITUCIONALISMO EXTREMO E SEUS EFEITOS NA
FUNÇÃO ATÍPICA LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO.**

Monografia de encerramento da Pós-
graduação em Direito Público da Faculdade
Baiana de Direito da turma 2017.1.

Professor Orientador: Dr. Gabriel Marques.

SALVADOR, BAHIA.

2018.

O NEOCONSTITUCIONALISMO EXTREMO E SEUS EFEITOS NA FUNÇÃO ATÍPICA LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO.

Rômel Filipe Santos e Santos¹

RESUMO

O presente trabalho visa explicar os efeitos que a tese Neoconstitucionalista extrema exerce na função atípica do poder Judiciário, no que tange o poder de Legislar. O objetivo principal é verificar se realmente referido movimento tem efeitos na função legislativa do Judiciário a partir da análise de objetivos específicos como identificar as principais características do movimento, seus efeitos em alguns princípios constitucionais caracterizados como cláusula pétrea, levantar críticas ao movimento e verificar como ficaria o ativismo judicial com base nas ideias neoconstitucionalistas. Observa-se como crítica que princípios constitucionais sofrem efeitos diretos como a democracia, legalidade, segurança jurídica e a separação dos poderes, onde os mesmos são restringidos. O presente estudo se prenderá a uma metodologia exploratória de doutrinas e jurisprudências que tenham relação com o tema. A interpretação jurídica passa por uma reformulação brusca onde a norma jurídica passa a ter maior força, equiparando-se a lei devido à nova aplicação principiológica que passa a ter caráter mais amplo podendo servir de base para afastar a regra e também podendo ser o fundamento para uma decisão judicial, permitindo maior ativismo ao interprete e mitigando a força do Legislativo. Percebe-se que o referido movimento tem aplicabilidade no sistema nacional, porém não em sua forma extrema, mas sim adequada. O poder Judiciário deve analisar a história do Direito e buscar adicionar contribuição atual ao entendimento existente nos atos interpretativos anteriores do dele.

Palavras-chave: Constituição; Neoconstitucionalismo; Interpretação; Princípios.

¹ Advogado, pós-graduando em Direito Público na Faculdade baiana de Direito. Turma 2017.1.

ABSTRACT

This paper aims to explain the effects that the extreme Neoconstitutionalist thesis exerts on the atypical function of the Judiciary, regarding the power of Legislature. The main objective is to verify if this movement really has effects on the legislative function of the Judiciary from the analysis of specific objectives such as identifying the main characteristics of the movement, its effects on some constitutional principles characterized as a stony clause, raising criticism of the movement and verifying how it would look judicial activism based on neoconstitutionalist ideas. It is criticized that constitutional principles suffer direct effects such as democracy, legality, legal security and separation of powers, where they are restricted. The present study will be based on an exploratory methodology of doctrines and jurisprudence related to the subject. The legal interpretation goes through an abrupt reformulation in which the legal norm becomes more forceful, equating the law due to the new application of principles that becomes broader and can serve as a basis to remove the rule and also can be the basis for a judicial decision, allowing more activism to the interpreter and mitigating the strength of the Legislative. It is perceived that this movement has applicability in the national system, but not in its extreme form, but rather adequate. The judiciary power should analyze the history of law and seek to add current contribution to the understanding existing in the previous interpretative acts of his.

Keywords: Constitution; Neo-constitutionalism; Interpretation; Principles.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.	6
2 – O Neoconstitucionalismo: características, benefícios e malefícios.....	10
2.1. Os princípios devem prevalecer sobre as regras (fundamento normativo).	13
2.2 – A ponderação deve prevalecer sobre a subsunção (fundamento metodológico).....	20
2.3. A Justiça particular deve prevalecer sobre a justiça geral (fundamento axiológico). ...	28
2.4 – O poder Judiciário deve prevalecer sobre o poder Legislativo (fundamento organizacional).	34
3. O Neoconstitucionalismo e seus efeitos na função atípica legislativa do poder Judiciário brasileiro.	35
3.1 – O princípio da separação dos poderes e as funções típicas e atípicas (check and balances).	36
3.2. A “nova” função atípica legislativa do poder Judiciário.	42
3.2.1 - A Jurisprudência e a Súmula Vinculante.	44
3.2.2 – Do Controle de Constitucionalidade e o ativismo judicial.....	51
3.2.3 – O Juiz Hércules e o Neoconstitucionalismo.....	59
4 – Considerações Finais.	63
5 – Referências bibliográficas.	66

1 - INTRODUÇÃO.

A inteligência é configurada pela capacidade de um indivíduo se adaptar ao espaço onde ele está inserido e usar tudo o que ele tem à disposição para se manter bem, ou seja, a chave da inteligência é a adaptação. O Direito é uma seara do conhecimento que sempre está em rotatividade, pois os conceitos de moral e ética, além de serem diversos, de acordo com a classe social e local onde são analisados, também são modificados com bastante frequência de acordo com o que clama o contexto histórico social da atualidade que lhe rege.

Em tempos mais longínquos fatores como o casamento homo afetivo (entre pessoas do mesmo gênero), tratamento com células tronco, divórcio sem lapso temporal, empoderamento feminino (fortificação do papel da mulher na sociedade), igualdade racial, movimentos de defesa a liberdade de opção sexual e outros mais não tinham tanta força como agora e nem sequer eram pauta de discussão do Estado, pois vivam a margem dos padrões gerais do país na época e foram deixados de lado, ganhando a denominação de minoria.

A convivência entre as pessoas se mostra extremamente dinâmica e roga por diversas e diversas adaptações do Direito para suprir toda a necessidade do homem. A inteligência do Direito reside nesta sua capacidade de se reinventar e se adequar mesmo quando tudo parece estar destruído. Novos movimentos e teses jurídicas buscam abraçar causas e promover o combate à desigualdade, sendo que no Brasil essa vertente encontra-se positivada como um dos objetivos basilares da Constituição Federal de 88 em seu artigo 3º e incisos.²

A presente construção doutrinária irá tratar de um movimento que na atualidade está bastante presente na atuação do sistema jurídico brasileiro, movimento que demonstra a capacidade do Direito de superar e se adequar as adversidades que impedem o clamor que emana do povo. Esta tese é tratada por muitos como a salvação do sistema jurídico nacional, porém também é vista como uma teratologia

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

aos olhos dos defensores do positivismo e de ideais antiquados e pretéritos. O tema em questão é o Neoconstitucionalismo.

O referido movimento surge devido a necessidade de resposta que a população tinha no período pós-guerra no decorrer do século XX. As grandes guerras mundiais, ocorridas em 1914 a 1918 e em 1939 a 1945, deixaram um rastro de destruição pelo mundo, principalmente na Europa, sendo necessário repensar a forma de proteção a vida e aos interesses internacionais envolvidos.

Milhões de pessoas perderam suas vidas durante os confrontos que descansam na história da humanidade como fatores extremamente negativos, pois deixaram sequelas que transcendem a barreira do tempo. O maior exemplo negativo existente neste período foram os movimentos nazifascistas que por questões políticas, étnicas e religiosas permitiram que os governantes torturassem e matassem dezenas de milhões de pessoas.

Após a Segunda Guerra mundial foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948) que estabeleceu as diretrizes para a efetivação e resguardo da dignidade da pessoa humana, visando amenizar os malefícios dos conflitos ocorridos e evitar novas disputas tão devastadoras em tempos futuros. A supracitada declaração repercutiu pelo planeta, mas não somente de forma axiológica, mas também através de codificações, pois cartas constitucionais pelo mundo passaram a enxergar os Direitos humanos como uma finalidade concreta e não ideológica.

A partir daí as normas produzidas pelo mundo tiveram base no que foi estabelecido nesta declaração, isto é, as leis deixaram de ser um fim em si mesmo, abandonando a frieza do positivismo que só aplicava a lei para tomar a base legislativa crua como alicerce da interpretação, passando a observar sempre a dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2015).

A lei deixando de ser aplicada somente por ser lei permitiu que a vontade do legislador tivesse limites nos direitos fundamentais, ou seja, os responsáveis pela criação das regras já não poderiam tomar como base somente a vontade do Estado ao qual estavam vinculados ou até a sua própria vontade, pois agora existia um padrão limitador que garantia o que era digno ao ser humano, sendo que a dignidade do homem superava a vontade particular dos governos e dos legisladores.

Os nazistas tinham apoio normativo, pois o artigo 48 da constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão) permitia a suspensão dos direitos fundamentais

para a proteção do povo e através de decretos assinados pelo Presidente Paul Von Hindenburg foram suspensas sessões da constituição que versavam sobre liberdades civis e sociais, abrindo margem à atuação de Hitler e seus comandados para cometer diversas crueldades contra aqueles que não eram considerados alemães arianos (PINTO, 2010)³.

Países como a Itália (Governo de Benito Mussolini) e Espanha (Governo de Francisco Franco) tinham sistemas de governo que eram pautados no totalitarismo (fascismo) e automaticamente perderam força com o advento dos direitos da dignidade do homem, pois o indivíduo deixa de ser um meio para o bem do Estado e o Estado passa a ser um meio para o bem-estar do indivíduo, devido aos limites impostos pela Declaração Mundial de Direitos Humanos, dito de outro modo, o Estado passa a servir o homem que deixa de ser somente alvo de vontades estatais e ganha garantias para viver de maneira digna.

Com o surgimento do Neoconstitucionalismo se torna impossível atribuir legalidade a movimentos fascistas, pois no topo da interpretação estão os direitos, garantias e liberdades fundamentais do homem e não a lei vista de modo isolado. Este novo modo de ver as constituições mostra a interpretação por um viés axiológico e não somente formal, permitindo que os diplomas constitucionais tenham força normativa, princípios e valores com escopo no Estado social de Direito e nos ideais de justiça, liberdade e igualdade. A carta magna passa do papel de conselheira para chefe e sua vontade ganha força impositiva, complementando a analogia, a chefe emite a ordem e os diplomas legislativos a obedecem.

O Neoconstitucionalismo é fruto desta aproximação do Direito com a dignidade da pessoa humana. O principal objetivo deste movimento é adequar a legislação com os princípios fundamentais do homem. Sendo assim, o intérprete assume um papel relevante na aplicação da norma. Nos ensinamentos do professor Luiz Roberto

³ Para fins de aprofundamento segue o texto do art. 48 da Constituição de Weimar: “Quando um Estado (Land) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com ajuda da força, caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento” ver em PINTO, Tácito Lívio Maranhão. SFT: “... Precipuaemente a guarda da constituição...”. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL** – RBDC: Revista do programa de Pós- Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) n. 16 – São Paulo: ESDC, jul. /dez, 2010, p. 237 – 316.

Barroso (2005, p.12) fica evidenciado este papel, no qual “O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis”.

O supracitado movimento soa como algo extremamente positivo, pois tudo aquilo que visa adequar os fatos da vida ao que seja mais digno ao homem enche os olhos da sociedade, porém dentro deste tema existem diversos embates doutrinários. O ativismo judicial é o fator que mais sofre críticas dentro deste movimento, pois alega-se o ferimento da tripartição de poderes e a fragilidade da segurança jurídica, assim como o desacato a democracia. Na sequência do trabalho o referido tema será analisado de maneira mais profunda, possibilitando ver seus benefícios e malefícios em ramos do Direito Público, mais especificamente as searas inerentes a temas de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Administrativo.

No que diz respeito ao presente trabalho sobre o Neoconstitucionalismo a base está pavimentada em quatro características principais que visam reestruturar o atual modelo de aplicação do Direito, como foi demonstrado no trabalho do professor Humberto Ávila⁴, ou seja, este estudo narrado que norteará o desenvolvimento teórico da presente pesquisa doutrinária, pois apresenta o lado extremista dos ideais Neoconstitucionalistas, sendo que demais estudos e teses sobre o tema também serão alvo de análise buscando identificar se existem reflexos da tese extremada e também estudar adequações que podem contribuir positivamente para a evolução do Direito no Brasil.

Diretrizes consolidadas no Direito brasileiro poderão sofrer alterações consideráveis caso o Neoconstitucionalismo seja utilizado em sua forma bruta ou extrema. Fatores como a supremacia dos princípios sobre as regras, a ponderação sobre a subsunção, a justiça particular podendo derrogar a geral e hierarquia entre os poderes nacionais, mais especificamente do Legislativo sobre o Judiciário trarão que benefícios ao Direito pátrio no que tange a tripartição de poderes? E quais os malefícios? O que é este movimento? Já é aplicado este movimento? Quais os limites deste movimento? Essas dúvidas serão respondidas através da presente construção

⁴ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO ESTADO (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.17, 2009. Disponível na internet: < HTTP// www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2018 as 04h40min.

doutrinária científica exploratória que irá buscar posicionamentos de juristas nacionais e internacionais que se debruçaram sobre o tema de maneira mais direta, visando elucidar a mente da sociedade sobre o presente e o futuro do Direito brasileiro.

2 – O Neoconstitucionalismo: características, benefícios e malefícios.

O dia a dia numa sociedade exige que cada cidadão tenha a capacidade de se adequar ao meio em que vive, o cidadão pode alterar a própria personalidade ao ponto de tornar-se uma pessoa que nunca imaginaria ser, devido aos novos fatos existentes na convivência social.

O avanço tecnológico abre o acesso à informação para milhões de pessoas mundo a fora, pois em um clique podemos saber o que está acontecendo na Ásia ou na África ou até fora do planeta. A informação permite que o ser humano tenha maior contato com temas que antigamente não eram o foco de discussões. Hoje vê-se discussões ferrenhas sobre socialismo e capitalismo, sobre posicionamentos de esquerda e de direita, sobre a liberação de experimentos científicos, músicas e culturas de outros países. Esses diversos debates permitem que as partes mudem de opinião e abracem novas causas, pois o profundo conservador de direita pode se tornar um amante dos ideais extremos de esquerda, um índio sem estudos pode buscar conhecimento além de sua cultura e se tornar um empresário em qualquer lugar do mundo, uma idosa pode se vestir de maneira mais jovial através de dicas oferecidas nas redes sociais e assim por diante.

Em suma observa-se que a vida em grupo é extremamente mutável e com o advento e evolução da tecnologia essas mudanças são mais frequentes trazendo novas situações de conflito que clamam por soluções reinventadas ao ponto de abarcar a necessidade de cada conflitante neste período de ascensão do multiculturalismo.

O direito é o meio utilizado para se estabelecer o controle da vida em sociedade, pois é o ramo que determina o que é permitido e o que é vedado nas relações de vivência estabelecidas pelo ser humano. Ocorre que o direito é um produto da atividade humana, produto este que deve ser ajustado às novas necessidades e situações do cotidiano, pois não seria cabível que uma solução pronta

servisse para sempre em todos os casos devido as peculiaridades existentes em cada situação.

Para amoldar o Direito a cada fato em que ele é requisitado se utiliza uma técnica que garante maior análise do ocorrido em busca de dar uma melhor resposta as lides. O método que permite maior adequação do ramo jurídico a realidade popular é a interpretação. Através dela que o Direito ganha voz, sua aplicação ocorre em discussões corriqueiras, leitura de livros e, principalmente, em decisões judiciais. Sobre esta questão o ilustre Silvio de Salvo Venosa escreveu as seguintes palavras:

A resposta dos tribunais que se traduz em sentenças e acórdãos, a jurisprudência, é a interpretação última e aquela que dá vida ao Direito. Como vimos, é nesse momento culminante que o juiz materializa e concretiza o Direito, aplicando-o ao caso em quizila, dando uma resposta à sociedade. Trata-se, sem dúvida, da verdadeira interpretação, pois toda a técnica e todos os sistemas interpretativos dirigem-se, em última "ratio", ao juiz, ou árbitro, quando esse for o caso. Tudo aquilo que se estuda em hermenêutica ou exegese não teria razão de ser, não fosse essa atividade do intérprete. A jurisprudência majoritária ou dominante indica a tendência de interpretação, em determinado momento da história, acerca desta ou daquela lei. (2010, p. 169).

De acordo com os dizeres do autor o Direito é produto da resposta dos tribunais ao caso concreto, ou seja, o magistrado ao decidir uma lide apresenta uma resposta para a sociedade que não tem o conhecimento específico do que seja o Direito ou do que o legislador diz, o juiz assume um papel de professor e a sociedade de aluno, logo ao verificar o produto da atuação do professor (seus ensinamentos) o aprendiz consegue entender o que é o direito. Esta passagem mostra que a interpretação é aquela que determina o Direito, ou seja, mostra como o Direito age, como o Direito é, como o Direito surge. O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau reafirmou a importância da técnica interpretativa para a operação do Direito da seguinte forma:

[...]costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas. [...] o intérprete identifica o significado da norma, ou o determina. Ainda que sob essas duas variantes – ato de conhecimento ou ato de vontade -, permanece a ideia fundamental de que interpretar é identificar ou determinar (= compreender) a significação de algo. No caso, compreender o significado da norma jurídica [...] somente seria necessário interpretarmos normas quando o sentido delas não fosse claro. Quando isso não ocorresse, tornando-se fluente a compreensão do pensamento do legislador – o que, contudo, em regra não se daria, dadas a ambiguidade e a imprecisão das palavras e expressões jurídicas -, seria desnecessária a interpretação. (2006, p. 25).

Esta definição indica que a interpretação é uma forma de entender o que a norma diz ou de caracterizá-la, estabelecendo a aplicação coerente ao caso avaliado, todavia se a norma criada pelo poder Legislativo fosse clara e compreensível a todos, não seria necessária a interpretação, mas sim a mera subsunção (aplicação da norma ao caso concreto). Essa subsunção “crua” assemelha-se a interpretação na época do positivismo clássico que antecede os tempos atuais. Esta noção fica clara na exposição de Luiz Guilherme Marinoni em conjunto com Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p.62):

Na linha do positivismo clássico, o juiz, ao aplicar a norma, deveria apenas revelar seu próprio texto, não determinando nem mais nem menos em relação àquilo comandado de forma precisa pela regra jurídica. [...] O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais – o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito -, concluiu que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo.

O positivismo clássico entendeu que o Legislativo editava normas perfeitas e suficientes para o corpo social, sendo assim não seria necessária à interpretação e muito menos que o juiz utilizasse de maneira mais analítica os princípios jurídicos, pois a simples subsunção bastaria para solucionar conflitos de interesses na sociedade. Observa-se que o supracitado positivismo não tem aplicabilidade na atualidade, pois o dinamismo cultural social é tão veloz que o poder Legislativo não consegue acompanhar as necessidades novas da população, sendo que o processo legislativo nacional não comporta extrema celeridade devido a rigidez que circula o sistema responsável por elaborar regras no Brasil.

O Direito brasileiro passa por uma reformulação interpretativa. Entende-se cada vez mais que a lei não é o bastante para solucionar um caso concreto, pois seu alcance não aborda todas as vertentes da relação do homem. Percebe-se que o caso concreto precisa de algo a mais para ser solucionado, este algo pode ser buscado de outras leis aplicáveis ou dos princípios. No caso de anomia o positivismo deixava a solução do problema na plena discricionariedade do magistrado, sem o peso interpretativo necessário que uma ausência de lei acarretaria.

A reformulação interpretativa tem o nome de Neoconstitucionalismo, ou seja, o novo modo de se enxergar o direito constitucional que, no ordenamento nacional, é à base do sistema jurídico (BARROSO, 2005).

Nesta parte do trabalho serão abordadas as principais teses e antíteses sobre o tema base desta produção acadêmica em sua forma bruta. O instituto central deste artigo é o Neoconstitucionalismo que trouxe ao Direito um novo modo de se pensar a norma. No Direito é comum que vários pesquisadores estudem o mesmo tema e achem diversas características sobre o que foi estudado, porém sempre há questões em que os estudiosos entram em consenso e definem uma “teoria geral”, sendo que dela são extraídas as demais diretrizes inerentes ao objeto de estudo. Ocorre que no Brasil diversos autores tratam sobre o tema com um olhar mais específico, dificultando a elaboração de uma teoria geral pacífica sobre o estudo neoconstitucionalista. Logo busca-se através desta pesquisa científica utilizar o extremismo da teoria e verificar a possibilidade de enquadramento no modelo jurídico do Brasil conforme a classificação de Humberto Ávila.

2.1. Os princípios devem prevalecer sobre as regras (fundamento normativo).

O primeiro fundamento que rege a tese em análise é a chamada de normativa. Neste entendimento os princípios teriam maior hierarquia que as regras, ou seja, as leis (instruções específicas de conduta humana), que são produtos do poder Legislativo através de seu regular processo, seriam inferiores, no sentido de ter menor aplicabilidade e importância, do que os princípios (instruções genéricas de conduta humana) explícitos (extraídos diretamente do texto constitucional e infraconstitucional) e implícitos (extraído de produto interpretativo do texto constitucional ou infraconstitucional) do sistema de direito nacional em geral⁵.

Para a análise desta característica é necessário estabelecer como a Constituição Federal de 88 trata as regras e princípios existentes em seu bojo, ou seja, deve-se destacar se a carta maior do Brasil é consuetudinária/principiológica (com base em costumes e princípios) ou se tem abrangência mais específica e reguladora através de regras. A doutrina nacional compreende que a CF de 88 é reguladora, pois tem centenas de artigos que dão caminhos diretos para o legislador criar dispositivos infraconstitucionais que tratem de várias e várias vertentes da vida do homem,

⁵Não se resumindo a seara do Direito Administrativo, pois vários ramos possuem princípios peculiares ao que se rege como tema.

permitindo ao intérprete que a utilize como fundamento para solucionar questões da vida real.

A Constituição Federal de 88 é ampla e profunda ao ponto de servir como base para o Direito sendo desnecessária maior atividade do intérprete para criar a constituição como acontece nos países de tendências consuetudinárias (principlológicas ou sintéticas) como no Reino Unido. Nota-se que a CF de 1988 contém mais de duas centenas de artigos que existem justamente para embasar as decisões, possibilitando ampla escolha ao legislador para garantir os direitos do cidadão. Observa-se este entendimento no trecho a seguir elaborado pelo professor Dirley da Cunha Junior:

São Constituições extensas que disciplinam longa e minuciosamente todas as particularidades ocorrentes e consideradas relevantes no momento para o Estado e para a Sociedade, definindo largamente os fins atribuídos ao Estado. [...] A Constituição Federal de 1988 é o modelo exemplar de Constituição analítica. Compõe-se de 250 artigos na parte permanente e 94 artigos na parte transitória, totalizando 344 artigos, sem falar dos chamados artigos desdobrados (como são, por ex., os artigos 103; 103-A e 103- B). (2010, p. 122).

Ainda sobre o tema Guilherme Peña de Moraes (2008, p.70) trata o conceito de constituição analítica da seguinte forma usando a CF/88 como exemplo “é a que estatui prolixamente a estrutura fundamental do Estado e sociedade, por intermédio de normas material e formalmente constitucionais, tal como a Constituição brasileira”.

Sendo a CF/88 analítica seria desrespeitar a lógica buscar a implementação de hierarquia entre princípios e regras, pois já que a carta suprema nacional trata minuciosamente, junto com as leis infraconstitucionais, sobre os fatos da vida, não seria necessária a utilização dos princípios, abraçando a característica de subsunção fria da lei existente no positivismo. Porém o dinamismo já citado da vida em cotidiano traz situações onde as regras não são suficientes para resolver os conflitos, onde o texto da carta maior e das leis constitucionais não bastam para ser as únicas bases para a atuação do legislador, impedindo que o intérprete não consiga solucionar o caso por mera subsunção, ou seja, não basta aplicar somente o texto.

Nos casos de “insuficiência da lei” os princípios surgem para complementar com seu sentido moral e ético as decisões judiciais, permitindo maior campo de atuação ao intérprete, o que também não justifica o uso exacerbado dos princípios quando dispositivos legais suprem de maneira concreta e completa o fato da vida, pois

seria desmoralizar o papel do legislador e conseqüentemente a democracia, pois o produtor de leis é escolhido pela população para dispor sobre seus interesses.

É notória a importância do intérprete, tendo em vista que a sociedade é algo vivo, em constante movimento e, como tal, a elaboração da norma jurídica⁶ e sua adequação é fundamental à resolução das questões com base no direito do homem, porém não se pode desrespeitar os limites impostos pelos tratados normativos constitucionais e infraconstitucionais existentes numa nação. O embate sobre a hierarquia entre princípios e regras se resolve na comunicação de ambos, já que sozinhos não teriam poder para efetivar respostas a sociedade com cunho de dissipar desigualdades.

O Neoconstitucionalismo com o fortalecimento dos princípios traz a necessidade de uma discussão sobre valores ao se aplicar a regra, ou seja, o legado trazido pelo movimento, adequando-o a realidade jurídico-social do Brasil é a possibilidade de numa decisão a regra sofrer adequações aos valores éticos e morais da atualidade.

Com o fracasso do positivismo se tornou necessário repensar a forma de análise do Direito e não se pode partir de um extremo a outro, ou seja, a lei que era um fim em si mesma não pode ser abandonada integralmente já que também os valores não podem ser único padrão para casos concretos, pois dentro de uma sociedade existem vários e vários conceitos de moral e ética, logo atender a um conceito específico poderia acarretar em linear desrespeito a outro. O professor Ricardo Maurício Freire Soares (2016, p.243) trata desta contribuição do Neoconstitucionalismo de maneira bastante completa:

Por outro lado, o neoconstitucionalismo pressupõe a posituação jurídica de princípios, pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente ético, daí decorrendo importantes conseqüências, tais como a necessidade de adotar uma posição de participante para explicar o funcionamento do direito, bem como a necessidade de superar a ideia positivista de uma separação entre o direito e a moral.[...]De certo, o modelo neoconstitucionalista não parece coadunar-se com a perspectiva positivista, que se mostra antiquada, por haver surgido no contexto do Estado liberal-individualista, quanto inadequada, por não incorporar os standards de moralidade ao estudo do direito.[...]O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para incorporar as ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do direito.

⁶Produto da subsunção da regra de conduta ao fato da vida em conjunto com a interpretação jurídica.

Em suma o autor traz que o novo constitucionalismo não visa colocar os princípios acima de qualquer coisa, mas sim aproximá-los das regras para que o Direito tenha a sua melhor interpretação possível, sem alicerces de neutralidade absoluta dos valores morais e éticos, visando humanizar o Direito, respeitando os limites pautados nas regras e textos constitucionais e infraconstitucionais. É através dessa associação dos princípios e das regras que se pretende chegar a um Direito que atenda de forma ampla aos conflitos sociais baseando-se nos direitos do homem. É desnecessário impor hierarquia em ferramentas que devem se complementar em prol de um bem maior.

A crítica positiva ao fato dos princípios serem hierarquicamente superiores as regras é que os direitos fundamentais teriam maior presença em decisões jurídicas, trazendo o direito constitucional a uma maior proximidade e presença nas decisões em geral de maneira mais explícita, isto é, os princípios são normas genéricas extraídas do copo do sistema jurídico, logo são a essência do direito, sendo assim utilizá-los como base de decisão faz que o caso concreto interaja diretamente com o que há de mais essencial no Direito.

Esses ensinamentos trazem para o julgador a maior proximidade com a vontade do ordenamento jurídico brasileiro, já que as vertentes principiológicas são puramente construções valorativas do Direito, caracterizando-se como o que mais se aproxima da origem jurídica, dito de outro modo, os princípios são o embrião do Direito. Os direitos fundamentais do homem surgem de diversas maneiras em análises axiológicas e contêm nos princípios sua maior representatividade e personificação, portanto aplicar os princípios automaticamente, em tese, implicaria em maior utilização dos direitos fundamentais.

O professor André de Carvalho Ramos (2017, p.108) em sua obra específica sobre o tema demonstra a importância dos princípios da seguinte forma ao tratar da máxima efetividade dos direitos humanos:

O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão. A máxima efetividade dos direitos humanos conduz à aplicabilidade integral desses direitos, uma vez que todos seus comandos são vinculantes. Também implica a aplicabilidade direta, pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados podem incidir diretamente nos casos concretos. Finalmente, a máxima efetividade conduz à aplicabilidade imediata, que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem qualquer lapso temporal.

A crítica positiva ao critério normativo vem deste entendimento, pois os direitos humanos aplicados de forma imediata nos casos concretos emitem um sinal de que será resguardado o mínimo possível para o bem-estar do homem. O direito constitucional brasileiro que tem como um de seus fundamentos os direitos fundamentais através da dignidade da pessoa humana estaria cumprindo com seus ideais ao aplicar o entendimento supracitado. Logo seria extremamente benéfico para a sociedade a implementação do critério da máxima efetividade dos direitos humanos, pois os valores essenciais do homem seriam sempre evocados e não ignorados na atividade jurisdicional.

Todo o exposto deixa claro uma maior efetivação do princípio da unidade constitucional, pois o intérprete não deve analisar isoladamente leis e princípios para criar a norma jurídica, mas sim o sistema jurídico como um todo, observando tudo aquilo que fora proferido através da atividade interpretativa do Direito para representar o que há de determinado pela Constituição, o professor André Ramos Tavares (2013, p.179/180) deixa claro esse entendimento da seguinte maneira “O intérprete é obrigado a partir sempre das normas constitucionais, adequando, sempre que necessário, as normas infraconstitucionais ao conteúdo específico da Constituição. Daí decorre, inclusive, a denominada interpretação conforme a Constituição, uma das mais relevantes orientações interpretativas”. Os princípios sendo a essência de um sistema constitucional permite a análise conforme a Constituição de maneira mais direta.

A crítica negativa a característica em análise parte do entendimento que se o princípio pudesse ser aplicado de maneira hierarquicamente superior frente à regra, o primeiro modificaria o segundo, gerando extrema arbitrariedade e desequilíbrio constitucional de acordo com a vontade do intérprete, ou seja, pelo fato dos princípios serem normas mais genéricas caberia ao intérprete torná-las específicas de acordo com sua subjetividade, aniquilando a segurança jurídica.

O medo de dar subjetividade maior ao intérprete reside no caráter pessoal daquele que analisa o caso. Esse temor é cabível, mas seria essencial que ficasse bem explícito que o intérprete não pode, em nenhuma hipótese, afastar-se da base constitucional. A compreensão deve facilitar e adequar-se ao dinamismo social com base no que o texto analisado diz, mas não poderá ser emocional. O ex-ministro do

Supremo Tribunal Federal e professor Eros Grau (2006, P.113/114) traz em sua obra uma explicação mais concisa sobre este entendimento:

Aquele que tenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. Assim, a tarefa da compreensão consiste na elaboração de projetos corretos e adequados às coisas, projetos que, enquanto projetos, são antecipações que se devem conformar nas coisas – aqui não há outra objetividade senão a convalidação que as opiniões prévias obtêm ao largo de sua elaboração; note-se que a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas se expressa na sua aniquilação no processo de sua aplicação. A compreensão apenas alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias com as quais ela se inicia não são arbitrárias. Por isso é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que em si subjazem, porém examine tais opiniões no que respeita à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.[...] Isso não implica que o intérprete deva abandonar todas as suas opiniões prévias sobre o conteúdo do texto ou todas as posições próprias, porém, simplesmente, que esteja aberto para a opinião do texto: quem deseja compreender um texto tem de estar em princípio disposto a deixar-se dizer algo por ele; uma consciência formada hermeneuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto.

O ato de compreender é uma maneira de um pré-conceito sobre a norma que no processo de compreensão vai se adequando a vontade do texto, deve o autor escutar o que o texto diz e analisar essa vontade de acordo com suas convicções pautadas no direito, isto é, a regra tem sua vontade própria e seu sentido, cabendo ao intérprete, ao analisá-la, se permitir enxergar essa “vontade”, pois uma análise sem respeitar o que a regra diz pode gerar a temida arbitrariedade, não se deve fechar os olhos ao se analisar um texto, mas sim lê-lo abertamente e decifrar a sua ideia procurando adequá-la ao que é possível na seara jurídica.

O risco de um julgador deixar somente suas vontades e visões pessoais na interpretação é grande, mas a arbitrariedade pode ser evitada uma vez que o princípio deveria ser utilizado quando a regra fosse incompatível com a Constituição federal de 88, bloqueando-a. Tal procedimento não seria possível, quando a norma fosse compatível e permitisse à adequação com a atualidade da Constituição, efetivando o poder da Carta Maior do Estado (ÁVILA, 2009).

Em suma os princípios ganham uma nova roupagem com a chegada do “novo” constitucionalismo, pois ganham força normativa no sentido de impor suas ideias ao legislador e ao julgador e permitem a comunicação entre a esfera de direito público e privado.

O professor Max Möller (2011, p. 235) em sua obra trata de maneira profunda sobre a importância dos princípios para o movimento neoconstitucionalista da seguinte maneira:

É notável no direito atual a importância exercida pelos princípios nos ordenamentos jurídicos, principalmente a partir da alteração de perfil da atividade estatal e a assunção de novas funções em comparação ao modelo de Estado legislativo. No momento em que o Estado social passa a perseguir fins sociais, provoca uma alteração considerável em suas exigências para com o direito. Pelo fato da persecução de fins sociais exigir um ingresso estatal em esferas antes deixadas à regulação privada, é necessário que o direito proporcione um meio alternativo de viabilização de tais atividades que não a máxima de legalidade, até então existente, onde o Estado somente poderia atuar quando autorizado pelo legislador. De outro lado, no momento em que se franqueia a entrada do poder público no âmbito privado, deve o direito garantir que esse ingresso seja restrito ao cumprimento das funções que determinaram tal autorização. Dessa forma, também se substitui a noção de abuso de poder pela necessidade de realização de fins específicos. Fora desses fins, não é legítima a ação, pelo que se nota um crescimento de importância da análise da finalidade[...] Diante desse novo modelo e de tais desafios lançados ao direito, há a consciência de que se necessita de instrumento normativo diverso das regras e suas soluções definitivas para propiciar uma regulação efetiva da atividade pública, principalmente a promocional. É nessa situação que cresce de importância o redescobrimto dos princípios, os quais constituem normas dotadas de uma generalidade em seu antecedente que permite uma maleabilidade não encontrada nas regras, assim como possuem um grande apego a seu aspecto axiológico, de modo a permitir um maior controle dos fins buscados pelo agente, e não apenas da legalidade de sua conduta.

O autor entende que esta nova roupagem dos princípios se mostra eficaz para efetivar fins sociais que as regras não permitiam. A maleabilidade dos princípios possibilita maior alcance a finalidade do agente público, desmistificando a noção da extrema legalidade e ainda consegue aproximar a moral e a ética, facilitando a comunicação entre as esferas jurídicas público-privadas que traz maior força a unidade constitucional, possibilitando que o sistema jurídico passe a ser visto como um todo e não como um conjunto de normas setoriais.

Um exemplo desta necessidade de maleabilidade dos princípios na comunicação público-privada seria a análise da súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça que não reconhece o princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública. No caso de um furto simples de um bem que custa vinte reais o cidadão passaria por uma investigação devido ao fato ofender a moral da administração pública, podendo sofrer retaliações da justiça, mesmo o ato não sendo extremamente danoso. Entende-se que neste caso o Estado poderia agir com maior prudência, além da legalidade, e permitir o contraditório mais eficaz ao agente através

do poder de agir, possibilitando a restituição imediata do valor aos cofres públicos, sem maior alarde frente ao órgão do poder Público, já que uma investigação sobre o fato levaria maior dano econômico (gastos) do que o próprio ocorrido. A moral seria reestabelecida e o custo para esse reestabelecimento sairia diretamente do infrator, não acarretando em danos mais graves as partes que figurem no conflito devido a um valor ínfimo.

Um exemplo real da interação entre os setores públicos e privados com auxílio dos princípios foi a recente decisão do Supremo Tribunal de Federal no Recurso Extraordinário nº 580.252 MS⁷ onde foi permitida a indenização por danos morais ao preso que estiver em situações degradantes. O princípio da dignidade humana permitiu que o direito civil (direito privado) com o tema dos danos morais figurasse na questão da responsabilidade civil do Estado que se relaciona diretamente com matéria penal/ administrativa (direito público), pois ficou entendido que é dever do Estado zelar pela integridade do detento que estiver recluso em suas instalações, sendo devida a manutenção de condições que permitam a vida do cidadão conforme o que é considerado digno pelos ditames constitucionais nacionais. O Judiciário representando a esfera pública se comunicou com temas do Direito privado para efetivar o direito do preso.

Em suma regras e princípios não merecem ter hierarquia, mas sim maior comunicação visando abarcar o direito constitucional e infraconstitucional de maneira sistemática que consiste na análise das regras e princípios existentes no sistema jurídico como um todo, ou seja, não se pode hierarquizar os componentes de um sistema jurídico ao ponto de serem aplicados isoladamente, deve-se buscar sempre a análise com base no que a Constituição do país preceitua (FERRAZ JUNIOR, 2015). Considera-se que as regras não são maleáveis, mas os princípios são e é por isso que se deve promover um maior alinhamento entre ambas para a efetivação do direito, para a efetivação da Constituição.

2.2 – A ponderação deve prevalecer sobre a subsunção (fundamento metodológico).

⁷Inteiro teor do acórdão disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estado-indenizar-presosituacao.pdf>.

A segunda característica levantada pelo professor Humberto Ávila é a metodológica onde os princípios gerais do Direito seriam utilizados como fonte de decisão, levando a uma maior aproximação com a Carta Magna Nacional, já que os princípios são lições extraídas da inteligência da Constituição Federal de um país. Nestes termos a qualquer momento a regra editada pelo Legislativo poderia ser substituída por princípios nas situações em que o magistrado (intérprete) entendesse adequado. Em suma a subsunção (aplicação da lei ao caso concreto) seria suplantada pela ponderação principiológica (princípios regulando o caso fático).

A crítica positiva desta vertente é semelhante com o do caráter normativo, pois haveria maior presença dos direitos fundamentais, através dos princípios retirados diretamente da Constituição Federal do país em decisões judiciais, ou seja, aproximar a essência valorativa que rege o direito a atividade jurisdicional.

Outro fator positivo que pode ser extraído é a adequação instantânea do Direito a atualidade, pois o intérprete julgador pode, ao criar a norma, levar em consideração o momento atual da sociedade. A ponderação é um meio de solução de conflito entre princípios, onde se estuda na contenda em questão qual é o mais coerente para resolver o caso respeitando o direito de ambas as partes (critério da adequação), logo após ocorre a análise se realmente é preciso conflitar os princípios, isto é, observar se não há outro meio menos gravoso para a melhor solução do conflito (critério da necessidade) e por último compreende-se qual princípio irá prevalecer sobre o outro e até onde irá esse prevalectimento, dito de outro modo, busca-se analisar qual princípio terá mais peso na situação concreta e ver o grau de hierarquia que ele terá sobre os demais princípios, logo não irá eliminar a atuação dos que sofrerem maior retaliação (proporcionalidade em sentido estrito).

O fato de aproximar a análise dos princípios ao caso concreto percebe-se que o intérprete verificará com maior profundidade o fato para decidir de acordo com o momento histórico em que se passa o conflito. Um dos maiores exemplos existentes na atualidade nacional ocorreu no caso da ADPF 132⁸ onde o Supremo Tribunal Federal enfrentou o conflito entre diversos princípios. O tema em questão foi a discussão de união estável homo afetiva. Houve bastante discussão sobre o referido

⁸Sobre o tema ler o inteiro teor do seguinte julgado: BRASIL, STF – ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011. Disponível em : < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > . Acesso em 18 de Março de 2018.

tema devido a crescente evolução das relações entre pessoas do mesmo gênero que conflitava com cânones religiosos e biológicos que vigoram na sociedade a bastante tempo. Alguns princípios colidiram sendo que de um lado estava a legalidade devido a vigência de um dispositivo legal determinando que a união só poderia existir entre homem e mulher, existindo além da lei várias normas jurídicas pavimentadas no sistema nacional (artigo 226 §3º da CF/88 c/c 1.723 da lei 10.406;02⁹) e do outro a igualdade (artigo 5º caput) onde todos são igual perante a lei. Outros princípios mais específicos do direito de família sofreram impacto com a decisão, mesmo não sendo citados, como o da igualdade e respeito à diferença e do pluralismo das entidades familiares (DIAS, 2014).

O STF verificou que o no bojo social as relações entre pessoas do mesmo sexo era algo comum e que não feria ditames constitucionais, logo permitir a união era a decisão mais correta a se tomar (critério da adequação), sendo urgente e extremamente necessária a decisão, pois não haveria outro meio para solucionar o caso e diversas situações estavam ocorrendo e chegando ao poder Público (critério da necessidade), fazendo que a legalidade (regra jurídica) sofresse alteração de seu sentido e alcance em prol da igualdade e os demais princípios supracitados (proporcionalidade em sentido estrito).

A crítica negativa para esta característica está pautada em duas vertentes. A primeira entende que o domínio da ponderação sobre a subsunção faria com que a regra viesse a se tornar mero conselho para ao interprete e/ou destinatário da análise, ou seja, o fundamento para a efetivação do direito seriam os princípios através da ponderação usando as leis como uma simples sugestão, abrindo extrema margem ao subjetivismo do analista da regra, logo o caráter regulatório dos dispositivos normativos não serve de limite ao exercício do poder interpretativo, mas sim como mero conselho que pode ser seguido ou não, sem força efetiva. Isto significa sucatear a função legislativa dentro do sistema jurídico nacional e ferir o princípio da Unidade constitucional.

O magistrado no caso concreto, ao seu bem entender, poderia utilizar a ponderação principiológica para justificar suas decisões e não sofrer nenhuma

⁹Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado[...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

limitação, utilizando o texto normativo somente como orientação facultativa e não obrigatória. A generalidade axiológica dos princípios poderia trazer de volta a história apresentada pelo professor Carlos Maximiliano (2017, p. 76) conhecida como a “Jurisprudência Sentimental” de “Magnaud” que consiste em:

[...]encontra-se nos julgamentos do Tribunal de primeira instância, de Château-Thierry, presidido e dominado pelo bom juiz Magnaud (1889 – 1904). Imbuído de ideias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escoreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição[...]. Na esfera criminal e correccional, e em parte na civil, sobressaiu o Bom Juiz, com exculpar os pequenos furtos, amparar a mulher e os menores, profligar erros administrativos, atacar privilégios, proteger o plebeu contra o potentado. Não jogava com a Hermenêutica, em que nem falava sequer. Tomava atitudes de tribuno; usava de linguagem de orador ou panfletário; empregava apenas argumentos humanos sociais, e concluía do alto, dando razão a este ou àquele sem se preocupar com textos.

Eis o grande problema enfrentado, pois quando se abandona a objetividade da lei e há exagero na ponderação, corre o risco que a emoção do intérprete interfira drasticamente nas decisões, sendo que a vontade da lei ficaria em segundo plano ou nem seria analisada. A ponderação sem limites virando regra geral de um ordenamento jurídico poderia permitir que juízos de valor fossem suficientes para a solução de um caso, isto é, o intérprete levaria sua vontade em consideração e desprezaria os critérios regulatórios que as regras impõem ao subjetivismo.

O caso extremo e antigo narrado acima é um exemplo de atuação desenfreada com o abandono total da subsunção e utilização de uma ponderação desenfreada. O professor Lênio Luiz Streck (2014, p.422) retrata o descontrole que a ponderação exagerada pode causar no sistema jurídico nacional dizendo que:

[...]a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito. Não esqueçamos que nos defrontamos cotidianamente com as mais variadas decisões sustentadas na ponderação de princípios. Assim, por exemplo, há decisões deferindo o direito a aluno de curso de biologia a não dissecar animais (qual o direito fundamental que estria violado?), assim como decisões que por vezes deferem e por vezes indeferem remédios para doentes em estado grave (nos dois casos, usa-se a ponderação), sem falar no uso arbitrário do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve para resolver, por intermédio do sopesamento de princípios, os mais diversos conflitos, propiciando múltiplas e multifacetadas respostas no sistema.

O trecho narrado traz à tona o problema da insegurança trazida pela ponderação desprovida de técnica, pois percebe-se que casos concretos estão sendo decididos sem a análise real da necessidade de ponderação, isto é, há casos onde deve-se permitir o que foi pleiteado (no caso dos remédios), mas não é e casos onde não há lesividade a direitos (no caso da biologia). A ponderação usada sem base e sem limites pode trazer situações incongruentes como ambas narradas. O intérprete deve analisar bastante o fato para se aplicar a ponderação, caso contrário o instrumento interpretativo vira mera “desculpa” dos julgadores para efetivar vontades que não condizem com o que reverbera a carta maior nacional, mas sim interesses políticos e pessoais.

A ponderação exacerbada sucateia o significado dos direitos humanos, tornando-os piadas, pois quando o intérprete não tiver meios para motivar aquilo que ele deseja, usará o princípio da dignidade humana como base, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna uma carta na manga para nos intérpretes que querem aprovar sua vontade dizendo que cumpriu com o critério da fundamentação.

A segunda vertente entende que os princípios: democrático, da separação dos poderes e da legalidade seriam violados. A democracia dentro de um Estado Democrático de Direito consiste, nos dizeres de José Afonso da Silva (2014, p. 121/122), em:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

A democracia é ferida numa questão lógica, pois a ponderação sem obedecer os tramites de sua proporcionalidade permite ao intérprete que ao analisar um caso venha a atender vontades que nem sempre estão determinadas dentro do corpo constitucional nacional, ou seja, quando entender ser adequado o intérprete pode invocar um princípio e afastar uma regra, sendo que esta regra foi editada pelos representantes do povo alocados no poder Legislativo, restando evidenciado que o

magistrado decidirá de acordo com seu subjetivismo um fato que deveria ter condão na vontade geral, na vontade do Estado, na vontade do povo.

Em suma os representantes indiretos da vontade popular não teriam forte serventia, mas sim seriam conselheiros do aplicador da lei. A lei deixaria de ser objetiva e igual para todos, pois alguns teriam tratamentos diferenciados de acordo com a intervenção pessoal do juiz. A participação do povo através de seus representantes indiretos que abarcam a pluralidade social fica ameaçada diante de tanto poder concedido ao intérprete num caso concreto, ou seja, o Estado estaria suprimindo o caráter participativo existente no Estado Democrático de Direito.

A separação dos poderes consiste na divisão do Poder estatal em três grandes blocos, tendo cada um à sua função específica. O Judiciário julga conflitos de interesses, o Legislativo edita leis e o Executivo administra (efetiva leis e decisões judiciais) o Estado (BONAVIDES, 2013). Observa-se que a ponderação faz com que o Judiciário (que tem maior contato com a interpretação), possa afastar lei editada pelo Legislativo se entender que o princípio é adequado ao caso, ou seja, poderá ignorar a lei, pois é mero conselho. Já que sua aplicabilidade é facultativa se analisada junto aos princípios, logo haveria certa “subordinação” do Legislativo ao Judiciário, pois um decidirá e outro somente poderá dar opinião que será ou não respeitada de acordo com a ideia do julgador.

No momento que a lei passa a ser tratada como “mero conselho”, a democracia estaria seriamente comprometida, pois o Estado de Direito deixaria de existir em decorrência da interpretação desse ou daquele magistrado. Seria complicado tratar de ética e moral, quando o magistrado ignora as regras produzidas pelo Legislativo e invocam de maneira desarrazoada os princípios para tomar decisões subjetivas desproporcionais.

Este “desrespeito” a lei, tratando-a como mero conselho, fere o princípio da legalidade que se resume na análise do Direito com base nos ditames da lei que proporcionam a criação de normas jurídicas, logo o Direito teria nova configuração onde sua aplicação teria base no que o interprete ponderasse como adequado, sem limites, e não no que a lei determinou como conduta correta.

O princípio da legalidade nos ensinamentos do professor Marçal Justen Filho (2015, p. 208) “ significa a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei. O princípio da legalidade significa, na verdade, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da existência de uma norma

jurídica produzida por uma lei”. Este ensinamento deixa claro que sucatear a força normativa da lei vai permitir ao intérprete criar ou destruir uma obrigação, ou seja, a inobservância da força normativa da lei permite que o aplicador da compreensão aja sem limitação ao exercer a técnica interpretativa, logo a criação da norma jurídica amplia sua função de mero julgador, sendo que em casos extremos o intérprete criará obrigações que até então inexistia na ordem legal. Nestes termos a lei não é conselho facultativo, mas sim base obrigatória para a criação de normas jurídicas.

Sobre estas críticas supramencionadas inerentes a tese Neoconstitucionalista pura o professor Fredie Didier (2015, p. 43- 44) traz uma contribuição que se enquadra corretamente ao que foi elucidado da seguinte maneira:

Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas “novidades”: a) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir a segurança jurídica; b) supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; c) supervaloriza-se a ponderação em detrimento da subsunção, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra.

Em síntese o caráter metodológico não tem a mínima condição de ser aplicado no sistema jurídico pátrio, pois se evidencia a permissão para uma extrema arbitrariedade por parte do intérprete que, ao seu bem entender, poderia afastar a regra e aplicar o princípio, logo exerceria um papel quase que ilimitado. E também por ferir cláusulas pétreas (irredutíveis) como a democracia (art. 60§ 4º, II da CF/88), a separação dos poderes (art. 60,§4º, III da CF/88) e a legalidade (Art. 60, §4º, IV c/c art. 5º, II da CF/88)¹⁰.

A maior coerência para se trazer maior efetividade ao Direito é unir a discussão axiológica com a vontade do povo, utilizar a ponderação quando ocorrer conflitos entre princípios e a subsunção utilizada em casos onde haja adequação concreta ao fato da vida, ambos os mecanismos são extremamente importantes para que se alcance o máximo que o Direito possa fornecer, hierarquizar os citados métodos é um erro

¹⁰Art. 60§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – à separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais c/c Art. 5º, II, CFRB/88 – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

fatal ao objetivo de aproximar o Direito com a moral com respeito aos objetivos da CF/88. Ambos devem se comunicar em prol do bem social e não se repelir ou se sobrepor.

É mister entender que as leis devem ser cumpridas e que a supervalorização de um método interpretativo em relação a outro fortalece a desigualdade, aniquila o direito do cidadão e cristaliza hierarquias entre os poderes. Atribuir poderes ilimitados ao juiz (intérprete) é admitir o que sistema democrático do país faliu e que estimula a inobservância às leis da Carta Magna. É obvio que esse não é o foco, mas quem defende o neoconstitucionalismo pretende uma maior comunicação entre os princípios e as regras, bem como adaptações dos princípios sem interferências do subjetivismo e o respeito a Constituição em vigor (88). Fique bem explicitado que adequar ‘princípios’ não é atacar a democracia ou desrespeitar a Constituição de 1988, ou mesmo prevalecer a subjetividade de um intérprete.

O caput do Artigo 5º da CF/88 diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Nesse ínterim é bom destacar a importância do artigo 5º e afirmar que todos não seriam iguais perante a lei, pois a depender da visão do intérprete, através de cláusulas extremamente genéricas como são os princípios, alguns seriam favorecidos e outros não.

Outrossim, todos têm a noção de como a mídia influencia o clamor público e uma decisão não pode ser tomada por persuasão, mas sim de acordo com a lei em conjunto com princípios. Um agente interpretativo pode ser influenciado pela opinião populacional – é um ser social e vive numa comunidade - e a legislação serve para dar um norte ao intérprete e evitar esta influência citada de maneira prejudicial a ponto de afastar teses jurídicas fundamentais ao Direito no Brasil. A generalidade principiológica pode facilmente permitir decisões conflitantes para casos análogos, assim como um desvio aos preceitos constitucionais em casos de grande repercussão.

A ponderação desenfreada é um grande risco à democracia. Haveria um caos social, pois o cidadão não acreditaria nas instituições, nos poderes e tampouco em seus direitos. A equidade, defendida pela democracia, passaria a ser um sonho, pois os intérpretes cada vez mais cometeriam erros e deixariam de resolver os conflitos para provocá-los. Entretanto a lei existe para garantir igualdade para todos. A

segurança deixaria de existir em todos os setores da sociedade de forma geral e irrestrita no caso de inexistir comunicação entre da lei e o princípio ou no caso de prevalência de um sobre o outro.

2.3. A Justiça particular deve prevalecer sobre a justiça geral (fundamento axiológico).

A terceira característica apontada por Humberto Ávila é o caráter axiológico que visa priorizar a justiça particular perante a geral. O autor explica tal característica da seguinte maneira:

[...] apesar da existência de regras constitucionais e legais, a aplicação demandaria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata. Em virtude disso, esse modelo, em vez de privilegiar a justiça geral, baseada em normas prévias, gerais e abstratas, daria primazia ou preponderância a uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas. (2009, p.12).

Desta exposição pode-se extrair que no presente entendimento extremo neoconstitucionalista a lei reguladora prévia, geral e abstrata (para todos e com análise anterior com base democrática) seria afastada e a aplicação de lei reguladora posterior, individual e concreta (somente para aquele caso específico e feita após o fato da vida que gerou a lide) seria a vertente utilizada para cada caso concreto.

Observa-se que não seria possível a uniformidade da justiça, mas sim dedicação exclusiva a cada caso, onde seriam criadas leis após o fato ocorrido para tratar de maneira restrita a situação que motivou a sua criação, ou seja, toda a interpretação da norma efetivada em casos anteriores, mesmo que análogos, não teriam valor, mas sim em cada caso seria exigido um novo trabalho interpretativo surgindo do zero, seria um caso tratado como pioneiro, como se nunca tivesse existido. Desta maneira o magistrado ganharia um papel a mais em sua função interpretativa, pois trabalharia também como legislador já que deveria criar uma regra específica para cada caso mesmo que fossem idênticos, sendo que a lei prévia, geral e abstrata seria base somente para sua vontade e não teria força normativa para obriga-lo a seguir entendimentos normativos.

A conclusão positiva é que haveriam decisões com maior detalhe por parte do sentenciador, ou seja, por ter que se dedicar particularmente a cada caso de maneira

bastante específica o julgador, em tese, poderia tratar com mais atenção alguns detalhes mais profundos no processo que, quando passam por despercebidos, geram muitas vezes Embargos de Declaração para sanar vícios de atenção (obscuridade, contradição e omissão).

Como conclusão negativa percebe-se que a aplicação desta vertente pode gerar inconformidade em diversas situações já solidificadas no direito nacional. Fatores como a legalidade, segurança jurídica, igualdade formal e a teoria das fontes do Direito sofreriam uma metamorfose de maneira muito forte, podendo gerar um colapso na justiça nacional.

Observa-se que a legalidade existiria e seria modificado o período da sua criação, pois a norma jurídica que seria aplicada ao caso concreto teria base na lei, porém inexistente segurança jurídica já que o objeto (lei) surgiria a “posteriori” do fato, ou seja, a lei que embasará a interpretação surge no momento em que o intérprete analisa o caso, trazendo incerteza sobre o que será tomado como base e tornando o sistema jurídico nacional incerto. A legalidade vista como princípio não consiste em dar obscuridade ao seu sentido, mas sim o contrário, determina que a lei deve gerar o que se caracteriza como fato jurídico. O já mencionado professor Marçal Justen Filho (2015, p. 210/211) esclarece esta vertente de uma forma direta dizendo que:

Essa observação não se destina a negar a legalidade a condição de princípio. Existe o princípio da legalidade, consistente na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos concretamente por meio de lei. Mas o art. 5º, II, da CF/1988 também consagra uma regra da legalidade. Trata-se de estabelecer a vedação à criação de direitos e obrigações por meio diverso da lei. Em várias outras passagens, a Constituição editou regras que exigem a existência de uma lei para a produção de certo resultado jurídico. Assim, por exemplo, o próprio art. 5º, XII, da CF/1988 determina que somente a lei pode dispor sobre as hipóteses e a forma de violação ao sigilo da correspondência e das comunicações. Nesses casos em que a Constituição consagra uma regra de legalidade, afasta-se o cabimento de uma ponderação do intérprete por ocasião da concretização dos valores envolvidos. Caberá ao aplicador promover uma atividade de subsunção, caracterizada pela redução da autonomia de escolhas.

Permitir ao intérprete que uma lei posterior, individual e concreta seja criada vai de encontro com a legalidade, sendo que direitos e obrigações poderiam surgir pela atuação do Judiciário e não pelo trabalho do legislador escolhido pelo povo. Esta explicação serve para a análise do malefício a segurança jurídica. A população quando busca a justiça vai atrás de respostas com base no sistema jurídico nacional, ocorre que ao aceitar que uma lei posterior e específica seja a base para a

interpretação faz com que ambas as partes de uma lide não saibam nem o tema em que se deve exercer o seu direito de defesa, sendo que não haverá um padrão de decisão, podendo gerar insatisfação geral com o Judiciário, pois sabe-se que o Brasil contém uma sociedade extremamente pluralista e se não existir um limite geral e prévio ao povo, certamente um terá maior privilégio ou prejuízo do que outro que se enquadrar em situação idêntica ou similar a sua.

O princípio da segurança jurídica está consolidado no direito brasileiro através do inciso XXXVI¹¹ do artigo 5º da carta maior nacional. Ele se divide em três vertentes. A primeira é o direito adquirido que consiste em resguardar um direito mesmo que nova lei venha o suprimir, ou seja, os direitos e benefícios já conseguidos por uma pessoa não podem ser prejudicados por uma nova lei (fora as exceções existentes no controle de constitucionalidade¹²). Este conceito permite que a população não se torne vítima de um poder Legislativo muito atuante e contraditório que nem o brasileiro, pois diversas e diversas leis surgem, trazendo consigo conflitos e embates sobre os temas disciplinados.

A predominância da justiça particular sobre a geral extirpa o fundamento do direito adquirido, pois cada caso teria uma lei de decisão e além de suportar a elevada atuação do Legislativo haveria também a ação do Judiciário. Ao entrar com a ação o sujeito nada teria como adquirido, mas sim a incerteza, já que o intérprete poderia afastar ou não qualquer situação de acordo com a lei posterior e individual a ser criada.

Na atual conjuntura o direito adquirido surge através de leis prévias, gerais e abstratas, ou seja, adquire-se o direito por meio de lei existente e a que vier depois terá que respeitar os limites daquilo que foi conseguido. Caso a lei anterior, para todos e abstrata não tiver força, mas sim a específica e posterior, não haveria direito adquirido, pois ele a qualquer momento poderia deixar de existir mediante a vontade do intérprete, conforme sua norma jurídica cumulada com a tese de solução do conflito aparente entre normas. A lei nova e posterior derogaria a anterior (critério temporal), com leis posteriores, individuais e concretas para cada caso haveriam vários entendimentos sobre direitos, de maneira diversa, que geraria extrema confusão

¹¹ Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹² A decisão em sede de controle concentrado em regra tem efeito retroativo ("ex-tunc"), podendo declarar a nulidade absoluta de uma lei desde a sua origem, anulando seus efeitos. Pode haver a modulação dos efeitos para garantir que a decisão valha de um período específico a diante, evitando que todos os atos e direitos que emanaram da lei sejam declarados nulos e não tenham validade dentro da seara jurídica do Brasil.

sobre o que realmente estaria em vigor. A lei especial derogaria lei geral, logo o que foi proferido naquele processo seria mais específico do que tudo o que fora legislado, unguindo o sistema nacional de uma teratologia normativa, sem dar certeza ao que seria a base para a atividade julgadora. O absurdo é extremo, pois a incerteza seria a base do que se vive no país e não a Constituição.

A segunda vertente é a proteção do ato jurídico perfeito que se define como aquele que preencheu todos os requisitos exigidos por lei que vigorava no tempo do fato real da vida, ou seja, se a lei pede algo e o cidadão tem no tempo em que a lei vigeu, o cidadão terá um ato jurídico perfeito que será protegido. Se a lei não for prévia não há como existirem requisitos, ou seja, como é que se preenche algo que pode facilmente deixar de existir (lei posterior)? Pois a qualquer momento o intérprete poderia afastar a aplicabilidade de qualquer lei existente para dar soberania àquela que ele criou para o caso. Não há possibilidade real de se aplicar esta referida proteção.

A terceira vertente é um instituto de grande consolidação no direito pátrio, sendo que existe em diversas searas do Direito Público, fala-se da coisa julgada que se encontra definida como a impossibilidade de se alterar ou se debater uma decisão, pois restam esgotadas as hipóteses de recurso (material), sendo que também impede o julgador de analisar fato que já foi decidido dentro de um processo (formal). Esta vertente traz segurança para ambas as partes, pois ao “vencedor” fica garantido que seu direito concedido por meio da ação não seja mais alvo de análise judicial, podendo logo ser efetivado, para o “perdedor” traz certeza de qual ato ele deverá exercer ou deixar de fazer para cumprir o determinado pela justiça, sendo que nada a mais ou a menos poderá ser ajustado em sua condenação.

O caráter axiológico rompe a segurança pavimentada pela coisa julgada, pois observa-se que de acordo com o artigo 966¹³ do Código de processo Civil de 2015 (lei 13.105/15) seria possível a ação rescisória em caso de ofensa a coisa julgada (inciso IV) e se violar manifestamente norma jurídica (inciso V). O fato de novas normas surgirem a cada processo deixa em extrema evidência a possibilidade da rescisória por violação de norma, já que milhares de processos tramitam nos tribunais e sem a uniformidade que clama o modelo axiológico percebe-se que o Judiciário nacional teria um gigantesco problema que atacaria diretamente a razoável duração

¹³ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
IV - ofender a coisa julgada. V - violar manifestamente norma jurídica;

do processo, já que diversas ações seriam movidas para atacar decisões impossibilitando a criação da coisa julgada, ou seja, o referido instituto cairia em extremo desuso.

O princípio da igualdade que está positivado no artigo 5º em seu caput, sendo anunciado que todos são iguais perante a lei, ou seja, todos os regidos pela carta maior de 88 devem ter tratamento sem discriminação por parte de qualquer julgador. A vertente axiológica permite ao intérprete a efetivação desta discriminação, pois o fato de uma lei surgir a cada processo permite tratar de maneira desigual as partes que tenham processos análogos, sendo assim haverá afronta direta ao princípio da igualdade em seu sentido formal devido a ambiguidade e contradição que a falta de lei prévia pode trazer na produção de norma jurídica.

No que tange as fontes do Direito percebe-se que existe a descaracterização da jurisprudência, já que ela é responsável por trazer uniformidade para as decisões, de maneira que surgiriam limites para a atuação judicial, criada pelo próprio poder Judiciário e não pelo Legislativo. O conceito de jurisprudência nos dizeres de Maria Helena Diniz (2017, p. 312 a 314) se identifica como:

Conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional. [...] A obra dos tribunais, havendo uma série de julgados que guardem entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal do direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o direito vigente sob a denominação de jurisprudência.

Compreende-se que a jurisprudência decorre da atividade jurisdicional que se incorpora ao Direito. Elas servem de limites para a atividade do intérprete jurídico, pois casos que comungam em conteúdo, ao ponto de serem iguais ou muito semelhantes, não terão decisões diversas e entra em embate direto ao que preceitua o caráter axiológico, já que os precedentes carregariam consigo um caráter geral e prévio para futuros casos parecidos em análise.

Nesta vertente a lei criada de modo posterior não trará as partes a devida segurança jurídica e igualdade, pois casos idênticos poderiam ser decididos de forma totalmente diferentes, logo haveria extrema insatisfação com o Estado.

A solução para o fato seria dar maior força a jurisprudência em detrimento da norma legal, pois as normas posteriores e individuais em algum momento se repetiriam diversas vezes tornando-se análogas, gerando decisões reiteradas e

caracterizando fundamento concreto para a efetivação de jurisprudência. Sendo assim a jurisprudência passaria a exercer um papel de lei, alterando a teoria geral do Direito atualmente aplicada, pois o papel prévio e abstrato que a lei desempenhava seria exercido pelos precedentes, já que os limites de decisão neles se encontrariam devido a reiteração dos casos e a incerteza sobre leis que o caráter axiológico traz. Em suma os precedentes judiciais ganhariam maior hierarquia que as leis como fonte do Direito, caracterizando o sistema nacional, que é de Civil Law, como Common Law¹⁴.

Outro fator que pode ser levantado como crítica a “função extra”, supracitada, na função do interprete (magistrado) é a questão da celeridade. Para criar lei posterior e particular o intérprete deverá se debruçar de maneira mais profunda aos fatos da vida, pois a lei em vigência que seria a base da decisão, poderá ser afastada frente o advento de lei criada pelo julgador. Fatores socioeconômicos das partes deverão ser levados em conta, contexto histórico da época em que ocorreu o fato, vedações constitucionais e outros diversos fatores.

Mesmo que sua equipe de auxiliares seja excelente na técnica, veloz e vasta a elaboração da lei para cada caso traria o poder Judiciário. Milhares de processos tramitam em diversas comarcas pelo país, ocorre que a lei serve como um parâmetro facilitador da decisão por existir de maneira prévia e limitadora, logo se cada juiz tiver que criar lei individual para cada caso o Brasil viraria uma praia e cada lei seria um grão de areia, dito de outro modo, o número de leis, que já é grande, cresceria exponencialmente, trazendo a temida insegurança jurídica e incerteza sobre qual é a regra de conduta vigente.

No Brasil uma das maiores causas de queixas e preocupações na atuação da máquina judiciária é a demora no andamento de processos. Muito se fala em péssimos servidores, advogados desinteressados e terríveis condições de trabalho. Fala-se também da alta demanda que o Judiciário recebe, devido aos diversos problemas que ocorrem no corpo social por haver muitas leis geradoras de obrigações, assim como pela falta de métodos de conciliação eficazes. Trazer a medida metodológica para o sistema jurídico Nacional só pioraria a situação e aumentaria em níveis estratosféricos a insatisfação com a atuação do Judiciário. Logo a princípio do acesso à justiça será emperrado devido à pouca ou a inexistência da celeridade.

¹⁴ Civil Law tem base na lei e o Common Law tem base na Jurisprudência. Sobre o tema ler WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121- 174, jun.

Numa análise lógica entende-se que só de observar a vida em cotidiano existem diversas e diversas situações que não permitem a vertente elucidada acima. Uma colisão de carros por exemplo. É sabido por todos que existe um Código de trânsito nacional em vigor que com a ajuda das legislações provenientes de cada estado e município controlam os fatos existentes nas vias onde há trânsito. Se um intérprete tivesse que buscar alguma peculiaridade para um caso concreto e ignorasse outro caso de extrema similaridade já julgado, se caracterizaria como parcialidade e conseqüentemente traria extrema revolta da população com os órgãos fiscalizadores que existem nos governos, ferindo de maneira direta o princípio basilar da eficiência existente na administração pública.

2.4 – O poder Judiciário deve prevalecer sobre o poder Legislativo (fundamento organizacional).

A quarta regra do Neoconstitucionalismo é a predominância do poder Judiciário sobre o poder Legislativo. Já que o Judiciário poderia afastar a lei e aplicar o princípio em sua fundamentação através da ponderação (fundamento metodológico) e também criar leis posteriores e individuais para solucionar o caso concreto (fundamento axiológico) percebe-se que o Legislativo poderia se tornar mero auxiliar do Judiciário, já que as suas leis não teriam aplicabilidade concreta em todos os casos, observa-se que se transformam em meros enunciados de sugestão para a aplicação dos princípios ou leis criadas pelo intérprete.

O entendimento mais positivo possível a ser extraído é o fato de que o poder Legislativo é precário no sistema nacional, observa-se que mecanismos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por Omissão, assim como o Controle de Constitucionalidade como um todo, foram criados para sanar o desleixo existente pelos políticos que operam o Legislativo. O Judiciário tem extrema carga de ações para julgar, porém são mais ativos no exercício de sua função, sendo assim haveria maior produção no que tange a criação de lei, já que as decisões no caso concreto poderiam valer como leis e não ser necessário depender do poder Legislativo que atualmente é precário.

O entendimento negativo a esta vertente trata do desrespeito à cláusula pétreia da separação dos poderes. Onde as funções do Estado estão divididas de acordo com

a tripartição de poderes (Legislativo; Executivo; Judiciário). Ocorre que esta supervalorização do Judiciário, como já citado, está ferindo a real função do Legislativo. Para sanar a presente questão organizacional, ambos os poderes devem se completar e obedecer à ordem jurídica nacional. Os professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2011, p.47) esclarecem a correta função do Legislativo e do Judiciário da seguinte maneira:

No desempenho de sua função jurídica o estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades distintas, mas intimamente relacionadas. [...] Com a primeira, que é a legislação, estabelece as normas que segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões. [...]. Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistentes na jurisdição, cuida o estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma longa manus da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

Sendo assim fica claro que a função do Legislativo é criar leis e a do Judiciário aplicar as leis abstratas ao caso concreto. Percebe-se uma cooperação entre ambos, pois um não teria sentido sem o outro, afastando de vez a noção de soberania do Judiciário, confrontando a teoria neoconstitucionalista. Não há necessidade real de se sobrepor um ao outro, pois a harmonia entre ambos que permite a existência do Direito. Sucatear o Legislativo é calar a vontade do povo, pois caberia ao concursado resolver as situações do cotidiano de acordo com suas convicções. Dar ao Judiciário o dever de elaborar leis poderia sobrecarregar a atividade dos intérpretes e acarretar nos diversos problemas arrolados na presente construção acadêmica. Logo esta vertente extremista violentaria os ditames constitucionais cristalizados no sistema jurídico brasileiro.

3. O Neoconstitucionalismo e seus efeitos na função atípica legislativa do poder Judiciário brasileiro.

A teoria Neoconstitucionalista traz nuances para a concepção atual de Direito, principalmente na questão principiológica e na atuação do poder Judiciário. Sendo

que teorias solidificadas há vários séculos estão sofrendo efeitos de maneira direta, efeitos estes que necessitam de maior explicação para garantir a segurança jurídica do sistema jurídico no Brasil. Neste capítulo será analisado o princípio jurídico que mais sofre impacto com o advento da teoria neoconstitucionalista que é a tripartição de poderes, pois o maior alvo da tese extremista neoconstitucionalista é a função e comunicação dos poderes Legislativo e Judiciário.

O enfoque principal deste capítulo é demonstrar alguns mecanismos que surgiram devido as influências do Neoconstitucionalismo e verificar se existe algo semelhante as características propostas pela tese extrema analisada neste estudo. Benefícios e malefícios serão levantados e questões descendentes do ativismo judicial serão elucidadas como as súmulas e o Controle de Constitucionalidade.

3.1 – O princípio da separação dos poderes e as funções típicas e atípicas (check and balances).

A separação dos poderes consiste na divisão das esferas de poder de um Estado para que cada um exerça função determinada em prol da organização e evolução do local, de maneira independente e harmônica entre elas. Esta teoria teve como principal base os ensinamentos de três doutrinadores.

O primeiro foi Aristóteles em sua obra intitulada como "A política". O autor dizia que o poder estatal era muito grande para se concentrar nas mãos de um único ente, logo se tonava perigoso ao ponto de não se conseguir controlar as funções de forma eficaz.

Para solucionar este fato o filósofo criou o entendimento de dividir o imenso poderio estatal em três esferas de atuação (ARISTÓTELES, 2002). O Deliberativo era responsável por tomar decisões no que diz respeito ao que se pode ou não fazer, ou seja, era aquele que tomava a decisão sobre o agir ou não do Estado e de seus governados, tratando de assuntos como penas de morte, guerras e da edição ou redução de leis dentre outras várias funções. Para o autor esse poder era o mais importante para a vida em sociedade, sendo o soberano, que era formado pela assembleia de todos os que eram considerados cidadãos na época¹⁵. O Executivo tratava dos interesses administrativos do Estado, ou seja, era o responsável pelo exercício daquilo que era decidido pelo deliberativo, como por exemplo a atuação de

¹⁵ Não eram considerados como cidadão os escravos, mulheres, estrangeiros e menores de idade.

militares e sacerdotes. O Judiciário era responsável por tomar as decisões no caso do acontecimento de conflitos na “pólis”¹⁶.

O segundo filósofo a tratar do tema e que se tornou referência foi o inglês John Locke em sua obra “o Segundo tratado sobre o governo civil”. Este autor defendia a ordem estatal baseada no direito natural da vida, da liberdade e da propriedade. O interessante é que esta obra traz na ideia de vida em sociedade a limitação do poder estatal no que tange a gestão da propriedade existente na região governada, pois o soberano do Estado teria seu poder de confisco limitado frente a propriedade privada do cidadão (LOCKE, 1994).

O poder Legislativo era o responsável pela edição de leis, porém tinham limites e fundamento no direito natural citado a cima, apresentando a principal diferença frente a tese aristotélica, e seu principal objetivo era dispor sobre temas visando a melhoria da vida de quem era considerado cidadão e não buscando a melhoria de condição daquele que editou a norma, ou seja, os componentes do Legislativo tinham uma função representativa clara, no que tange o bem do povo e não o caráter autoritário do Estado, contrariando um pouco a tese de dar maior importância e hierarquia aos interesses da cúpula mais alta do poder que existia na época, freando a tese de soberania do poder deliberativo de Aristóteles.

Na esfera de poder executiva a função era a de aplicar as leis que foram determinadas pelo Legislativo, assemelhando-se a tese de Aristóteles. Ocorre que para Locke existia um poder chamado de Federativo, poder este que andava de mãos dadas ao Executivo, já que eram exercidos pelo rei, porém tinha função de reger e tratar das relações internacionais em que o estado se comprometia ou nas quais o Estado pretendia fazer parte assim como também regia a administração da comunidade.

A existência da esfera de poder Federativa é diferente da tese de Aristóteles, sendo que Locke deixa a entender que a atividade de julgamento dos conflitos também era da função do Legislativo, logo restou configurado que, para o autor, o Legislativo era o soberano do Estado.

O outro autor que é bastante citado com grande relevância ao se tratar da separação dos poderes é “Charles Louis de Secondat” que ficou conhecido como o Barão de Montesquieu, sendo que sua tese veio através de seu livro “Do espírito das

¹⁶ Cidade-estado na Grécia antiga.

leis”. Inicialmente a teoria continha quatro esferas de poder que seriam o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Moderador onde o rei seria o mentor (MONSTESQUIEU, 1979).

Este princípio surge para diminuir o poder do Estado, pois os quatro sistemas expostos garantiriam a eficácia dos direitos individuais com maior vigor já que as ramificações em funções específicas poderiam gerar maior dedicação para cada obrigação estabelecida, sendo que aconteceria a fortificação da constituição que estabelece um dogma ao Estado e não o Estado que estabelece um dogma a constituição (DALLARI, 2009).

No Brasil vigora a teoria tripartite onde o poder Moderador é substituído, pois toda sua abrangência cede espaço aos três poderes restantes, figurando com maior destaque dentro do poder Executivo. O professor Alexandre de Moraes (2010, P. 424) explica a divisão de poderes, dando ênfase a evolução histórica desta teoria, da seguinte forma:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

Observa-se que, na compreensão clássica, os poderes do Estado tinham independência entre si de maneira mais ampla, ou seja, não havia contribuição (colaboração) entre os mesmos de maneira tão evidenciada, já que cada esfera deveria agir de acordo com sua função atribuída, sendo que às vezes existia um poder soberano sobre os demais, podendo o rei exercer duas funções como na tese Lockiana. Montesquieu que trouxe a ideia de efetivar uma maior equiparação entre os poderes, findando com a característica de soberania.

Vale ressaltar que esta noção de falta de comunicação entre os poderes naquela época não vingou em sua totalidade, pois, mesmo no século XVIII, os poderes se relacionavam. O Executivo (rei e seus ministros) tinha como interferir na esfera do

Legislativo através do direito de veto, já o Legislativo fiscalizava o Executivo no que tange as leis que escolheu, podendo requerer dos ministros satisfações sobre as contas da administração, sendo que o Legislativo ainda julgava os nobres em processos políticos e em questão de anistia, exercendo função judicial (CANOTILHO, 2003).

No Brasil o referido princípio tem guarida em sua carta maior no artigo 2º da Constituição Federal¹⁷ e estabelece a harmonia entre os poderes, se contrapondo a noção clássica estruturada por Montesquieu. Esta harmonia permite que os poderes exerçam entre si uma espécie de limitação, pois um poderá exercer a função do outro para adequar os atos do Estado ao interesse da sociedade. Esta limitação é bem explicada nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p.112) da seguinte maneira:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro especialmente dos governados.

O sistema de freios e contrapesos (checks and balances) é a tese que autoriza os poderes a exercerem suas funções próprias de maneira completa (típicas) e, também, as funções dos outros poderes (atípicas) de forma mitigada em prol do equilíbrio da organização estatal e a harmonia entre os poderes.

O professor Dirley da Cunha Junior (2010, p. 974) fundamenta este sistema da seguinte maneira:

Outrossim, impõe-se enfatizar que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são acometidas, mas, sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência [...] Por isso que, além de exercer, com prioridade, a sua função típica de administrar, pode o Executivo realizar as funções atípicas de legislar (ex: editar atos normativos, como decretos regulamentadores, medidas provisórias e leis delegadas) e julgar (ex: rever seus próprios atos, anulando-

¹⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

os ou revogando-os; decidir processos administrativos fiscais e disciplinares); assim como pode o Legislativo, além de desempenhar a sua função típica de legislar, exercer funções atípicas de julgar (ex: o Presidente da República por crime de responsabilidade) e administrar (ex: os seus próprios órgãos, serviços e servidores); e, finalmente, para além de realizar a sua função típica de julgar, pode o Judiciário exercer as funções atípicas de legislar (ex: elaborar o seu regimento interno; apresentar projetos de leis) e administrar (ex: os seus próprios órgãos, serviços e servidores).

Desta maneira os poderes nacionais não permitem que um invada a função do outro de maneira desenfreada, pois se algo for feito além do permitido será difícil evitar o ferimento ao princípio basilar da tripartição dos poderes, devido a este controle, a harmonia entre as esferas de poder é fortalecida, pois um poderá utilizar da função do outro de maneira que faça a “máquina” Brasil funcionar, dito de outro modo, um poder pode “frear” o outro se a interferência for exagerada utilizando sua função comum ou atípica e também poderá ter “contrapeso”, pois sofrerá o mesmo controle de outro poder que busca proteger sua esfera de atuação no caso extrapolação de função. Metaforicamente esta tese se assemelha a uma balança, onde as atuações devem estar em harmonia para que se possa achar o equilíbrio.

Observa-se que se o poder Executivo tivesse maior força que os demais, poderia dar margem a sistemas totalitaristas como já existiram na história de países como Alemanha e Itália (que já foram citados neste trabalho) e como existe na Coreia do Norte nos tempos de elaboração do presente estudo, pois a soberania daquele que é condecorado como imperador ou presidente se torna quase absoluta, permitindo que a vontade de um seja hierarquicamente mais importante que a vontade do povo.

Caso maior poder fosse dado ao Legislativo, os regentes da vontade geral, poderia levar o país ao colapso devido aos conflitos de interesses partidários que existem na nação, devido ao pluralismo entre pensamentos de justiça social e de liberalismo econômico. A falta de controle deste poder poderia acarretar em extrema arbitrariedade de leis de acordo com vontades que não seguiriam o que foi estabelecido na Carta Maior, pois mesmo com a existência do processo legislativo que exige a colaboração de vários representantes do povo, com maior atenção e dedicação deles possível, percebe-se a existência de leis que ferem a Constituição, ou seja, inconstitucionais. Sem o auxílio do Judiciário através do controle e também do poder de veto pelo Executivo entende-se que o poder Legislativo poderia se afogar em seu mar de opiniões contrárias e romper a ordem constitucional vigente.

Outro fator que deve ser levado em conta é a abundante e frequente elaboração de esquemas de corrupção onde os representantes do povo, na maioria das vezes, aparecem como os principais responsáveis. Diversos escândalos como o do mensalão ocorrido em 2002, os desvios de dinheiro que foram identificados nas centenas operações antigas e recentes exercidas pela polícia federal (fora os não descobertos) fortificam a ideia de que alguns dos representantes do povo só vislumbram interesses pessoais e não daqueles que os elegeram. Dar extremo poder a um corrupto é extirpar do corpo jurídico nacional a noção de democracia.

A tese Neoconstitucionalista extrema que rege este trabalho não tem aplicabilidade com o referido princípio, pois visa dar maior significância ao Judiciário no que tange à justiça brasileira, logo o sistema de freio e contrapesos teria um componente que sempre pesaria mais que os demais, ou seja, o Judiciário prevalecendo sobre o Legislativo poderá influenciar bastante nas questões inerentes ao país, por ser mais importante e atuante, seria aquele que daria a última palavra por conter tanta função em suas mãos.

O lado positivo é que se tanto poder fosse concentrado em uma esfera, ficaria mais simples de se identificar vícios, pois havendo um poder prevacente ao outro, seria mais fácil de se colocar a responsabilidade no mais forte e ir diretamente no setor específico contido nele, ou seja, o STF, porém esta argumentação pode não ser de grande valia, já que o Direito busca resolver situações e não somente apontar o culpado.

Outro fator que pode ser entendido como positivo é a melhor qualificação dos regentes do poder, pois um magistrado para alcançar esta função deve se preparar bastante ao prestar o concurso para a função, logo teria mais arcabouço jurídico do que os representantes do povo que são eleitos pelo voto direto, já que às vezes muitos candidatos não sabem o suficiente sobre questões de organização jurídica e muito menos sobre a seara administrativa do país, cabendo a cúpula de assessoria dos partidos o dever de reger o mandato, descaracterizando a representatividade populacional que na maioria das vezes votam num candidato e não no partido.

Para exercer um alto cargo no poder Legislativo e no Executivo não são necessários o preenchimento dos famosos requisitos para a investidura em altos cargos do Judiciário, fala-se do notável saber jurídico e da reputação ilibada que são componentes dos critérios para a ocupação de um cargo na Suprema Corte brasileira.

O lado negativo é pautado na implementação de possíveis totalitarismos com base em entendimentos dos tribunais superiores brasileiros, pois existe hierarquia dentro do sistema judiciário nacional e nestes termos os Ministros do STF poderiam agir sem controle algum do Legislativo acarretando numa juristocracia¹⁸.

Um sistema precisa de vários componentes para funcionar, condensar maior força sobre um único componente permite que no caso de falha deste, o sistema todo entre em colapso. Trazendo igualdade aos componentes, permitindo que eles se comuniquem com harmonia possibilita que o sistema consiga superar momentos de defeitos procedimentais e que consiga se consertar da maneira mais rápida possível sem acarretar em danos extremos ao corpo social regido pelo Estado, seria como um sistema de engrenagens em um relógio, pois quando alguma peça sai do lugar o relógio para e basta colocá-la em seu lugar e exercendo sua função que o sistema todo volta de maneira comum e harmônica. Todos os componentes são importantes, porém de maneira igual, evitando dependência total a um componente específico.

3.2. A “nova” função atípica legislativa do poder Judiciário.

No decorrer da vida humana percebe-se que as funções de cada poder estão bem delineadas e divididas, porém o advento do Neoconstitucionalismo, em sua forma extrema, permite que um poder em especial comece a ganhar grande força perante os demais. O poder em questão, como já foi citado no presente estudo, é o Judiciário.

Com a implementação dos critérios Normativo (princípios sobre regras), Metodológico (ponderação sobre subsunção), Axiológico (justiça particular sobre justiça geral) e o Organizacional (Judiciário prevalecte sobre o Legislativo) observa-se que o órgão que aplica a interpretação da lei para solucionar conflitos terá maior importância e expressividade, pois os princípios são normas genéricas que devem ser adequadas ao caso concreto para serem aplicadas e quem fará isto será o interprete (fundamento normativo).

O legislador não age no caso concreto, ele simplesmente cria normas reguladoras para serem aplicadas com a subsunção, ou seja, com o advento da

¹⁸Sistema de Governo onde as decisões do Judiciário comandam um país. Método extremamente antidemocrático frente a fragilidade dos representantes eleitos do povo frente as vontades de concursados.

extrema ponderação o magistrado será o único a poder aplicar o princípio à lide (fundamento metodológico).

O clichê popular traduzido na frase “cada caso é um caso” permite uma justiça posterior e individual para fatos específicos, logo o legislador que regula antes do fato acontecer, de forma geral e abstrata, perde força, já que tudo aquilo que foi previsto por ele poderá ser desconstruído pelo interprete que em tese “criará” uma nova lei para cada caso (fundamento axiológico).

Com a junção dos critérios do Neoconstitucionalismo em seu caráter mais extremo, deixa configurado, por uma questão lógica, a soberania do Judiciário sobre o Legislativo. Ora! Já que o interprete transforma-se em algo de tamanha grandeza, nada mais justo que o órgão que tenha a atribuição de interpretar seja considerado o mais necessário (fundamento organizacional).

Ao se aprofundar nos conhecimentos extremos acima narrados sobre a nova função atípica legislativa do Judiciário, percebe-se que este poderá criar leis (função típica do Legislativo) para solucionar o caso concreto (função típica do Judiciário), independentemente de previsão legislativa prévia, pois o mesmo será o responsável por aplicar a interpretação de normas genéricas, ou seja, dos princípios que seriam vistos como algo hierarquicamente mais poderoso que as leis.

A antiga função de interpretar a lei e aplicar ao caso concreto, criando norma jurídica, ganha nova configuração, pois o interprete pode afastar qualquer norma somente ao alegar princípios, que passam de método interpretativo constitucional para método obrigatório de decidir. Esta conclusão traz evidente ferimento a diversos princípios, como o já citado legalidade e também o democrático, porém a separação dos poderes é o principal atingido, devido ao neoconstitucionalismo trazer uma extrema confusão entre as funções do Legislativo e do Judiciário.

Ao observar a conjuntura atual de Direito o Judiciário, atipicamente, no que tange o caráter de legislar, poderia elaborar seus regimentos internos e apresentar projetos de lei, porém nos ideais extremos neoconstitucionalistas diversos instrumentos possibilitam que o Judiciário trabalhe como se Legislativo fosse, instrumentos como as súmulas vinculantes comprovam esta vertente, assim como na Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão e também no mandado de injunção que serão elucidados mais adiante na presente pesquisa científica.

3.2.1 - A Jurisprudência e a Súmula Vinculante.

Quando se trata do caráter axiológico existente no trabalho de Humberto Ávila percebe-se uma crítica pertinente ao neoconstitucionalismo. Nesta vertente uma lei posterior será criada pelo interprete para cada caso de maneira individual, ou seja, uma lei será criada especificamente para solucionar um caso. Observa-se que esta situação traria extrema insegurança jurídica, pois casos análogos poderiam ter decisões diferentes fazendo que a credibilidade do Judiciário caísse por terra.

Uma possível solução apontada para o fato seria a fortificação da jurisprudência que traria uniformidade para as decisões, de maneira que surgiriam limites para a atuação judicial, criada pelo próprio poder Judiciário e não pelo Legislativo.

Normalmente os principais precedentes são proferidos em caráter de Recurso pelo Supremo Tribunal Federal (Extraordinário e Ordinário). Entende-se que por ser o guardião da constituição o STF tem maior hierarquia de decisão do que os demais órgãos jurisdicionais. Gozando desta hierarquia a Corte Maior, percebendo que seria possível uniformizar suas decisões judiciais, começa a estruturar sua jurisprudência, porém utilizando enunciados normativos, enunciados estes que foram batizados de súmulas. O professor Miguel Reale (2001, p. 165) explica de maneira esclarecedora o conteúdo das súmulas da seguinte maneira:

Os recursos ordinários e extraordinários ao Supremo Tribunal Federal, por sua vez, vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais, tendo partido de nossa mais alta Corte de Justiça à iniciativa de coordenar ou sistematizar a sua jurisprudência mediante enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões. São as "súmulas" do Supremo Tribunal Federal, que periodicamente vêm sendo atualizadas, constituindo, não um simples repertório de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudenciais a que a Corte, em princípio, subordina seus arestos.

Observa-se que a súmula age como um instrumento uniformizador que facilita o trabalho do tribunal, neste caso, o STF que é o órgão que dá a palavra final (a mais importante) e precisa de meios que possibilitem o fiel exercício da justiça.

Em seu surgimento não existia aplicabilidade imediata, ou seja, não tinha coercitividade de lei, mas sim seria um mero método de persuasão utilizado pelos ministros em suas fundamentações, podendo ser modificadas pela própria Corte Maior. Esta questão fica clara no seguinte ensinamento de Miguel Reale (2001, p. 165 - 166):

Dizemos “em princípio”, pois as “súmulas” são sempre suscetíveis de revisão pela Corte Suprema, e não têm força obrigatória sobre os demais juízes e tribunais, os quais conservam íntegro o poder-dever de julgar segundo as suas convicções [...] Podemos dizer que as súmulas são como que uma sistematização de prejulgados, ou, numa imagem talvez expressiva,” o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo.

Observa-se a criação de um conjunto de decisões que serviria de base para o exercício da atividade judicial. Seria um guia, um sumário, sobre os precedentes, pois não haveria caráter impositivo, mas sim persuasivo. Sendo que o ministro ainda gozaria da livre motivação, assim como os demais tribunais hierarquicamente inferiores.

A funcionalidade da súmula proferida pelo STF ganha uma nova configuração a partir da reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. O instrumento legal trouxe para a Constituição de 1988 o artigo 103-A¹⁹ que permitiu força vinculante para as súmulas, ou seja, o conteúdo das súmulas ganha obrigatoriedade de aplicação aos entes da administração pública e do Judiciário. A obrigatoriedade é tão forte que o próprio artigo em seu §3º criou um remédio constitucional que visa anular ato administrativo e decisões judiciais que contrariem o conteúdo do enunciado normativo vinculante, remédio este que foi nomeado de reclamação constitucional.

A nova função da súmula causou impacto na função atípica legislativa do Judiciário, pois a sua imposição obrigatória poderia dar “status” de lei a meros instrumentos interpretativos. Observa-se que a súmula vinculante não passa pelo processo legislativo para ser editada, logo não é lei, mas sim mera uniformização de

¹⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

entendimentos da Suprema Corte que visa limitar as decisões de todos os órgãos responsáveis por exercer a função jurisdicional e administrativa.

Porém ao analisar a Súmula vinculante conjuntamente com o Neoconstitucionalismo extremo percebe-se que sua função não é meramente interpretativa. O caráter axiológico, já explicado neste estudo, é a prova de que a súmula ganha um “status” maior do que o persuasivo. Ocorre que a uniformização vinculante de normas jurídicas posteriores e singulares (súmulas no modelo axiológico) gera normas prévias e gerais, pois ao verificar um fato futuro da vida real poderá o interprete tomar como base de decisão um fator já pacificado pela súmula e a sua obrigatoriedade traz generalidade ao precedente, dito de outro modo, a súmula vinculante teria um caráter prévio e geral, aproximando bastante as decisões reiteradas do que se entende como lei.

Com o fator obrigatório que recai sobre os demais órgãos judiciários e administrativos observa-se um caráter impeditivo a tudo aquilo que for contra a súmula vinculante, ou seja, a súmula em seu teor vinculante emite para a sociedade um limite de atuação, uma mensagem expondo um “não fazer”, pois se fizer não terá apoio jurídico, ou seja, uma regra de conduta.

A principal diferença entre a lei e a súmula seria a forma, mas não a função. Sendo que a lei é uma norma (regra de conduta) e a jurisprudência norma jurídica (produto da subsunção da regra de conduta com a interpretação jurídica) observa-se a importância de ambos os instrumentos, pois a divergência entre interpretações de norma pode ser solucionada pela norma jurídica, assim como novas normas que o Legislativo edita, podem cancelar as jurisprudências para adequar a necessidade do povo.

O problema principal da vinculação das súmulas descansa na obrigatoriedade, pois a súmula vinculante faz com que o enunciado normativo ganhe caráter impositivo, assim como a lei, sendo assim, na pior das hipóteses, poderia o STF criar várias de súmulas vinculantes ao ponto de afastar a necessidade de algumas normas regra, ou seja, a súmula vinculante tornaria desnecessária a análise de lei em certos casos, pois bastaria o magistrado entender que o caso concreto estaria em consonância com a súmula para poder decidir, sendo que a lei seria mera instrução para se aplicar a súmula.

Em resumo o Judiciário tem um instrumento interpretativo que, de certo modo, exerce função legislativa, pois a sua inaplicabilidade anularia o ato administrativo ou

a decisão judicial. Este efeito tem semelhança intrínseca com a não aplicabilidade da lei. A reclamação constitucional é o que confirma esta semelhança, pois é o meio que permite a citada anulação. Sendo assim fica caracterizada a mistura desordenada entre as funções do Legislativo e do Judiciário.

Mesmo que se argumente que o Legislativo não é vinculado à súmula, percebe-se que qualquer dispositivo de lei que este poder venha a criar pode ser interpretado como contrário aos entendimentos sumulados, dito de outra maneira, a jurisprudência vinculante “invadiria” o conteúdo do produto da lei de acordo com os entenderes judiciais antes mesmo da criação do ato normativo, um exemplo disso é a súmula vinculante nº2 onde se impede que lei ou ato normativo estadual e distrital trate de consórcios, sorteios, bingos e loterias, ou seja, o Legislativo estadual e distrital pode até criar a norma sobre os temas em questão, porém saberão que no futuro não terá aplicabilidade quando o Judiciário for chamado para analisar o fato devido a existência da súmula, já que o Judiciário é o responsável por discutir a inconstitucionalidade das leis através do controle de constitucionalidade. Não é de interesse do poder Público criar lei ou ato normativo natimorto! Seria perda de tempo, acarretando em séria lesão a eficiência da administração pública no que tange a celeridade e também demonstrando o despreparo do profissional envolvido.

Atualmente a súmula com caráter vinculante é um instrumento eficaz para dar celeridade ao processo e uniformizar o Judiciário, porém no futuro, se for mal utilizada, poderá extremar a confusão entre as funções dos poderes, podendo chegar ao ponto do Judiciário sumular situações que não guardem reiteração, já que no Brasil não há controle superior ao STF, ou seja, o erro do STF só poderá ser conhecido como erro pela própria corte suprema, já que a súmula só poderá ser descaracterizada pela própria corte conforme o artigo 103-A, §2º²⁰ da Cf/88 conjuntamente com o artigo 354 da alínea “A” até a “G” do regimento interno do STF.²¹

Haveria respeito ao “check and balances” se as súmulas não fossem vinculantes, assim como eram em seu surgimento, pois o Judiciário ao uniformizar

²⁰Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, **bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.**

²² Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

²¹Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integraI.pdf.

suas decisões deixaria um guia interpretativo, facultativo, para decidir e não um meio impositivo que impede a motivação pautada somente nos artigos de lei e princípios, ou seja, as decisões reiteradas guiariam o Legislativo para melhor elaborar suas leis (freio) e permitiria melhor atuação do magistrado (contrapeso).

Dentro do direito nacional existe a tese da súmula impeditiva de recurso que consiste em evitar o recebimento de recurso de apelação caso a sentença esteja de acordo com súmula do STF ou do STJ, ou seja, se o juiz entender que o resultado de seu ato interpretativo está em consonância com súmula dos tribunais superiores o mesmo se livra de analisar a tese levantada pela parte recorrente, logo se o julgador invocar a tal súmula as partes ficam engessadas no primeiro grau de jurisdição e não terá a reanálise do fato pelo colegiado.

Observa-se que a súmula impeditiva surge como reflexo do Neoconstitucionalismo extremo em sua vertente Organizacional, pois a fortificação da súmula faz com que limites coercitivos sejam impostos ao cidadão, neste caso o direito ao duplo grau de jurisdição²² cai por terra e o Judiciário ganha dispositivos reais onde pode-se criar regras de conduta gerais.

A súmula é um advento puro da ponderação, de vários magistrados, sem intervenção do Legislativo, logo resta evidenciada a permissibilidade da hierarquia do Judiciário ao Legislativo. O impedimento da análise por meio de apelação, no caso concreto, vem de uma súmula. Para dar maior pavimentação a esta tese o legislador permitiu que fosse agregado ao Código de processo civil de 1973 esta autorização através do artigo 518 §1º²³.

O advento do novo Código de Processo Civil trouxe algumas peculiaridades sobre as súmulas. Em primeiro plano observa-se que realmente o Legislativo não está vinculado ao Judiciário e mostrou força com a lei supracitada, pois algumas súmulas do STF foram superadas como a de nº 472 que tratava de honorários advocatícios no caso de intervenção de terceiros (nomeação a autoria), já que dentro do novo diploma a intervenção de terceiros deixou de existir, logo o referido instrumento vinculante cai

²²O Professor Daniel Amorim Assumpção Neves defende a inexistência do duplo grau de jurisdição, dizendo que só o fato de existirem vários tribunais não é suficiente para cravar a existência do duplo grau, mas sim que existe a possibilidade de acesso ao sistema recursal ou não. Nem todas as demandas serão alvo de reanálise, logo não há o que se falar em duplo grau (NEVES, 2017).

²³Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

^{1º} O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

em desuso. Súmulas do STJ também perderam a eficácia, em destaque ficam as que tratavam dos embargos infringentes²⁴, já que o referido instrumento de reanálise foi extinto pelo novo CPC ao ser retirado do rol dos recursos, sendo substituído por uma técnica a ser exercitada pelos tribunais²⁵.

O Legislativo expôs harmonia com o poder Judiciário, mostrando a possibilidade de comunicação e bem-estar entre ambas as esferas de poder, pois algumas súmulas foram positivadas como a de nº 231²⁶ que trata da participação do réu revel, através do artigo 349²⁷ do novo CPC a referida súmula virou lei. O STJ teve sua súmula 235²⁸ registrada no artigo 55²⁹ do novo CPC que trata da impossibilidade de reunião de processos por conexão quando um deles já foi julgado.

A súmula impeditiva de recurso que foi narrada a pouco sofreu uma modificação procedimental, pois de acordo com a redação dada pelo novo CPC ao tratar da apelação em seus artigos 1.010 e 1.011³⁰, resta configurada a retirada do juízo de admissibilidade por parte do juízo “a quo”, logo o impedimento causado pela Súmula no primeiro grau de jurisdição cai por terra, agora cabe ao relator do tribunal decidir, monocraticamente, se a tese recursal confronta entendimento sumulado pelos

²⁴Súmulas nº: 88; 169; 207; 255;390.

²⁵Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

²⁶ O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno.

²⁷ Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

²⁸ A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

²⁹ Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

³⁰ Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V;

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

tribunais superiores ou pelo próprio tribunal, ou seja, o recurso não será impedido pela súmula, pois haverá análise pelo juízo “ad quem”. Fica configurada extinção do instituto devido a modificação procedimental que o Legislativo trouxe por meio de lei, agindo em sua independência e desvinculado ao Judiciário.

Outro tema que deve ser elucidado ao se tratar das funções de jurisprudências e de súmulas é a tese dos precedentes que foi adotada no Novo Código de Processo Civil. O artigo 926³¹ indica a positivação desta tese que traz para o Brasil um pensamento fortificador da jurisprudência, aproximando a cultura nacional para a estabilidade de interpretações nas decisões emitidas pelos tribunais. O fortalecimento da jurisprudência aproxima o sistema nacional de “civil law” com o do “common law”, pois a lei fria, como já elucidado neste trabalho, deixa de ser extrema unanimidade e vira um mecanismo componente da elaboração de jurisprudências. A reiteração de uma norma jurídica numa quantidade considerável faz com que o tribunal uniformize o seu entendimento. A ideia da tese dos precedentes é tratar com maior destreza a elaboração das súmulas e respeitar a hierarquia existente no artigo 927³².

Esta referida tese dá ao Judiciário uma excelente ferramenta interpretativa, pois permitiria uma solução uniforme e mais célere em casos análogos. Identifica-se no texto do artigo 927, em seu caput, o termo “observarão” ao falar dos juízes e tribunais, ou seja, tudo que vier na sequência do artigo deverá ser levado em conta na interpretação, porém não é algo obrigatório e engessado como são as súmulas vinculantes. O CPC ao se dedicar em fortificar ainda mais os tribunais superiores deixa maior responsabilidade nas análises do STF e STJ, este ato é um pouco perigoso, pois as cortes superiores não são unanimidade nas opiniões de juristas em alguns casos, ambos são os principais acusados de cometer infrações inerentes ao ativismo judicial.

Os diversos tribunais espalhados pelo Brasil também têm competência para editar suas súmulas, assim como os demais tribunais superiores existentes no país, porém de forma persuasiva e não vinculante, ou seja, poderá haver decisão contrária

³¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

³² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

ao entendimento pacificado pela súmula, declarando a possibilidade de se levantar dúvidas sobre o teor da mesma, pois o dinamismo social já citado na presente obra doutrinária pode muito bem mostrar que o tema sumulado está ultrapassado. Este método ajuda o tribunal a caminhar corretamente de acordo com os ditames da justiça e observando o que há de mais prudente nas decisões reiteradas.

Logo a jurisprudência, nos entenderes do presente estudo, para ser aplicada de modo correto deve ter força persuasiva e não obrigatória, pois com a obrigatoriedade torna-se um instrumento perigoso, podendo dar ao Judiciário extremo controle sobre o Legislativo ao ponto de haver quebra do princípio da separação dos poderes. Quando se analisa este fato conjuntamente com a teoria Neoconstitucionalista extremada, principalmente em seu caráter axiológico e organizacional, percebe-se que obrigar é abraçar a tese extrema e persuadir é adequar a supramencionada tese ao sistema jurídico brasileiro, sem ferir a tripartição.

O STJ também tem competência para editar suas súmulas, assim como os demais tribunais pelo Brasil, porém de forma persuasiva e não vinculante, ou seja, poderá haver decisão contrária ao entendimento pacificado pela súmula. Este método de elaboração de súmula é o defendido na presente construção acadêmica e não o caráter absoluto da vinculação.

3.2.2 – Do Controle de Constitucionalidade e o ativismo judicial.

A maneira mais evidente no direito brasileiro quando se trata da influência que o Judiciário exerce sobre os demais poderes é o Controle de Constitucionalidade. Consiste num mecanismo exercido pelo Judiciário visando adequar as leis e os atos do Poder Público de um país ao que está determinado em sua Constituição, ou seja, é uma espécie de peneira por onde o Judiciário separa aquilo que fere a Constituição e retira sua validade para que danos a ordem jurídica de um país não venham a acontecer. Esse pensamento está vivo nos ensinamentos do professor Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 34) que explana como se entende a supracitada tese da seguinte forma:

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionais designados

Observa-se claramente o teor cautelar que o controle busca trazer a Constituição, pois fica imbuído ao poder Público diversas funções e obrigações perante as vontades e necessidades da população pluralista de um país, logo pode haver deslizes, já que a gestão da ‘máquina pública’ se dá pelos exercícios do homem que é um ser naturalmente falho. Nos casos de erro na regência do Estado fica estabelecido que o Judiciário é o detentor da função para analisar os conceitos de Direito e parâmetros legais, visando afastar ou sanar as falhas do sistema jurídico Nacional perante sua regente maior que é a Constituição.

No Brasil existe a modalidade de controle concentrado que é exercida pelo STF, e gera efeitos para todos, assim como a modalidade de controle difuso que pode ser exercida por todos os entes componentes do poder Judiciário, seja ele qual for, em suma os juízes e tribunais existentes no Brasil podem exercer o controle, gerando efeito entre as partes envolvidas na lide.

Existem vários mecanismos específicos na seara de atuação do controle de constitucionalidade para se evitar o descenso constitucional. O controle concentrado tem espécies criadas para atacar diretamente o problema levantado. A mais conhecida é a Ação direta de Inconstitucionalidade que visa declarar que lei ou ato normativo do poder Público conflita com os dizeres da Constituição Federal. Existe também a Ação Direta de Constitucionalidade que visa o efeito contrário da ADIN, ou seja, busca dizer que lei ou ato normativo da seara pública coaduna com o que é vigente na Constituição.

A ADIN e a ADC mostram que o sistema de freio e contrapesos é uma realidade no Brasil, pois cabe ao Judiciário dizer se a lei ou o ato normativo tem relação com o que foi estabelecido na Constituição que for parâmetro, ou seja, o tribunal pode “frear” ou “apoiar” o que o Legislativo ou o Executivo fez, tomando como base entenderes doutrinários e o processo de criação das normas (processo legislativo).

O Judiciário através desses supramencionados métodos age como um auxiliar dos demais poderes, pois seria de pouca valia que o próprio poder que elaborasse a lei ou o ato ficasse no papel de responsável por dar a palavra final no que tange a constitucionalidade, já que no Brasil vigora o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos emanados pela seara pública, sendo assim seria contraditório o autor de uma obra opinar sobre sua qualidade com extrema

imparcialidade. O Judiciário se apresenta como um revisor do que os demais poderes fizeram, sendo esta a maior característica positiva desta função fiscalizatória.

O Neoconstitucionalismo extremo com seus ideais principiológicos traz um certo perigo ao método de supervisão constitucional, pois a generalidade dos princípios permite que o Judiciário tenha uma margem maior para decidir sobre a permanência ou retirada do que foi levado a sua análise. No Brasil o controle concentrado é exercido por uma cúpula de onze Ministros da corte Suprema, logo o que é constitucional, ou não, tem amparo nos entendimentos destes componentes que exercitam a ponderação com bastante frequência em seus julgamentos. Pode acontecer que uma decisão emanada pela corte contradiga os entendimentos constitucionais. Devido ao número pequeno de Ministros e pelas diversas matérias que eles enfrentam, além de discutir sobre a Constitucionalidade, surge a possibilidade de erro e o efeito vinculante das suas decisões em sede de controle concentrado pode causar danos catastróficos ao país.

Respeitadas as demais considerações tratadas neste trabalho chega-se ao efeito neoconstitucionalista mais perigoso para a atualidade. Fala-se do ativismo judicial, pois esta vertente permite ao magistrado atuação para além de sua função de decidir. O Neoconstitucionalismo permite ao interprete extrema atuação. Ao observar cada característica do movimento fica bem clara a força do ativismo judicial.

O caráter extremo metodológico impõe a soberania dos princípios sobre as normas, sendo que o argumento principal seria a aproximação do direito à constituição, pois nela estão positivados os princípios fundamentais para a sobrevivência humana. O professor Lênio Luiz Streck (2011, p.21), ao falar da quebra paradigmática positivista ocasionada pelo Neoconstitucionalismo, deixa bem clara a nova caracterização dos princípios da seguinte forma:

A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

Numa análise lógica percebe-se que o poder que tem maior contato com esta possibilidade de aproximação com a constituição é o Judiciário, pois este é o responsável pelo exercício de interpretar, sendo assim o magistrado descuidado ganha autorização para ser ativista ao ponto de sobrepor-se a lei, somente ao alegar

os princípios constitucionais. Lênio Streck (2011, p. 22/23), ainda sobre o ativismo no que tange a ponderação principiológica, se posicionou de maneira bastante coerente com a presente pesquisa nas seguintes palavras:

[...] 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.

Esta vertente já trouxe efeitos à realidade do direito no Brasil. Como benefício surge à permissão da união homo afetiva, mitigando o caráter biológico da formação familiar e elevando o afeto para o norte da constituição de relacionamento³³.

Num julgamento que versou sobre Direito Processual Penal no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência houve um malefício ao Direito constitucional. O STF entendeu que seria possível a execução da pena ocorrer após sentença em segunda instância, ou seja, o condenado em grau recursal poderia começar a cumprir a pena, mesmo cabendo recursos a serem discutidos nas esferas superiores³⁴, mesmo sem haver o instituto do trânsito em julgado (imutabilidade da decisão por não haver mais a possibilidade de se demandar recurso) que era o antigo parâmetro para o cumprimento da pena. Esta decisão modifica e fere conceitos e princípios basilares como o trânsito em julgado, liberdade, vedação ao retrocesso, entre outros que fogem do objeto de estudo em questão, trazendo extremo efeito negativo a ordem constitucional vigente no país.

O fato do STF agir em divergência ao que leciona a ordem Constitucional, mostra que a função atípica do Judiciário vai além da fiscalização, como ocorreu na análise da mitigação da presunção de inocência, dito de outro modo, o Judiciário pode modificar a Constituição de maneira direta, legislando, sem respeitar o processo legislativo vigente na Constituição do Brasil que delega esta função ao Congresso nacional através das Emendas.

³³ Sobre o tema ler o inteiro teor dos seguintes julgados: BRASIL, STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 02 de Maio de 2016.

BRASIL, STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> >. Acesso em 02 de Maio de 2016.

³⁴ Sobre o tema ler o inteiro teor do seguinte julgado: (BRASIL, STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf> >. Acesso em 02 de Maio de 2016.

O ativismo judicial para ser aplicado de acordo com a ordem nacional de direito, deve respeitar o produto da lei e ser aplicado em situações quando a mesma não venha solucionar os conflitos e necessidades constitucionais, assim como nas situações onde haja conflitos entre princípios, como foi no caso da relação homoafetiva. É notório que é exigida uma maior dedicação analítica do que é preceituado pela carta maior. O juiz deve trabalhar em comunga com o Legislativo para sanar possíveis lacunas ou conflitos da lei. O Ministro do STF Luiz Roberto Barroso (2005, p.12) expõe a correta aplicação do ativismo judicial, no entenderes da presente pesquisa, da seguinte maneira:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

O intérprete no papel de auxiliar na criação do Direito é aquele que busca uma solução dentro do sistema jurídico nacional, respeitando os limites constitucionais existentes e não passando por cima do que o Legislativo trouxe no papel de representante do povo. Não pode o julgador “inventar” uma justificativa incoerente com o corpo constitucional e impor a sociedade. A parcialidade deve desaparecer e o que deve florescer é o ordenamento jurídico.

O critério axiológico, já explicado no referido trabalho, também fortifica o ativismo judicial, pois o magistrado que será o criador da norma posterior e singular para o caso concreto, desta forma agirá além da sua função decisória e passará a criar leis e não normas jurídicas que completem o trabalho do Legislativo.

E ao analisar os demais critérios, por fator lógico, o Judiciário seria soberano frente ao Legislativo, já que o primeiro por ter maior papel interpretativo, como já foi explanado, ganharia maior força que o segundo, sendo que o Executivo seria sucateado ao ponto de virar uma marionete de mandamentos judiciais vinculantes e teria desrespeitada sua soberania.

Dentro do controle concentrado existe uma modalidade de ação direta de inconstitucionalidade de importante força quando se analisa o Neoconstitucionalismo em sua forma adequada a ordem constitucional e o ativismo judicial benéfico a segurança jurídica. No caso de omissão do poder Legislativo em editar o complemento de uma norma de eficácia limitada (que exige complemento) ou na falta da efetivação, por parte de algum poder, de algum ato constitucional determinado por lei poderá ser movida a Ação direta de inconstitucionalidade em sua modalidade por omissão. Este mecanismo permite que o Judiciário por meio do controle concentrado e abstrato analise a inércia da máquina pública no que dispõe suas obrigações. O professor Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 264) em obra específica sobre o controle de constitucionalidade deixa clara a finalidade da ADO nos seguintes termos:

A inconstitucionalidade por omissão, portanto, opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, entre as quais figuram as normas programáticas definidoras de direitos sociais, muito comuns nas Constituições Dirigentes. Essa categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão, presente no direito brasileiro desde a vigente Constituição Federal (1988), reforça significativamente a imperatividade da Lei Fundamental, conferindo-lhe força normativa e prevalência mesmo em face das omissões indevidas do poder público, circunstância que justifica seu efetivo controle judicial nos moldes aqui defendidos.

A evolução constitucional do período pós-guerra ocasionou a ascensão do estado social que se caracteriza por ser o provedor maior dos direitos fundamentais da sociedade. A constituição ganhou um papel de diretora das condutas sociais em prol da efetivação do que é considerado indispensável para a vida humana, neste papel surge a ideia de constituição dirigente. A ADO é reflexo desse dever dirigente, pois as omissões do poder Público ferem diretamente os direitos do homem, logo a Carta magna não poderia permitir que tal descaso com os direitos protegidos continuasse a existir.

Os efeitos da decisão existentes na ADO são os que causam maior impacto evidente dentro dos conceitos Neoconstitucionalistas extremados. De acordo com o que está estabelecido na lei específica³⁵ o Judiciário tem poder de “notificar” o

³⁵Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

Legislativo e se tratar de órgão administrativo poderá dar prazo de trinta dias ou mais a depender da relevância da matéria, para que o responsável pela não edição do ato constitucionalmente necessário o faça.

Observa-se que notificações não são suficientes para que a vontade do legislador constituinte originário seja efetivada. Existe um ditado popular que é utilizado em situações em que se “notifica” algo para alguém, mas que mesmo assim não garante que algo seja ou não feito, fala-se do termo “quem avisa amigo é! ”. Não basta que o Judiciário seja somente amigo e diga ao Legislativo o que deve ser feito, pois, como já narrado neste trabalho, os poderes são independentes entre si ao ponto de nada ser feito no que tange a notificação devido a inexistência de obrigação de legislar por parte do poder competente. Logo a omissão que foi alvo do procedimento pode continuar a existir, descaracterizando a serventia do mecanismo sanador e ignorando a vontade da Constituição.

Esse mecanismo para que tenha serventia necessita de mais força em prol de efetivar seu objetivo de suprimir omissões constitucionais. A solução para o fato narrado é dar maior abrangência na atuação do Judiciário, permitindo uma ampliação da sua função atípica legislativa. O Judiciário além de dar prazo para a efetivação da lei ou ato, também poderá legislar visando suprir a omissão até que o órgão de função típica o exerça. Observa-se que o Judiciário não usurpa a função dos demais órgãos, pois este age diante da inércia dos demais, ou seja, o STF em sede de controle busca “tapar o buraco” que a falta de lei ou ato gera no sistema jurídico, porém não é de maneira definitiva, já que os órgãos tipicamente selecionados, a qualquer tempo, podem cumprir com sua função e elaborar o que é clamado pela ordem jurídica constitucional.

O já mencionado professor Dirley da Cunha Júnior (2017, p.287) demonstra o objetivo desta ampliação da função Judiciária da seguinte forma:

Estar-se-ia, portanto, satisfazendo o princípio da supremacia e efetividade da Constituição sem violar a tão invocada liberdade política de legislar do Poder Legislativo. Sim, porque o Poder Judiciário não obrigaria o Poder Legislativo a legislar. Este não perderia, por conseguinte, a sua autonomia. O Poder Judiciário apenas estaria fazendo cumprir a vontade constituinte, vale dizer,

§1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

realizando na sua plenitude, a vontade constituinte, concretizando o preceito constitucional carente de regulamentação.

O autor supramencionado (2017, p.287) ainda sobre o tema expõe os limites dessa atividade atípica do Judiciário, visando manter a ordem da separação dos poderes:

Esse efeito, contudo, na hipótese de omissão de medida legislativa, estaria sujeito a limites. O Poder judiciário não poderia dispor normativamente sobre matérias constitucionais que envolvessem, por exemplo, projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direitos, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias. Tampouco que se relacionassem a projetos de leis de princípio institutivo, como aqueles que dispõem sobre certas organizações (Conselho da República ou de Defesa Nacional, Advocacia-Geral da União, por exemplo).

Permitir que o Judiciário legislasse sobre os temas em análise causaria extrema confusão entre os poderes, pois os atos derivados desta função poderiam se tornar efetivos e não provisórios, caracterizando uma possível abertura para que o poder julgador viesse a efetivar comandos gerais a sociedade como ocorre nas súmulas vinculantes que já foram analisadas no presente estudo.

No ordenamento jurídico pátrio, dentro do controle difuso de constitucionalidade, existe outro mecanismo que demonstra o efeito do Neoconstitucionalismo, sem ser em sua forma extrema, sobre a atuação do Judiciário frente aos demais poderes, coadunando com a vontade da Carta Maior. Fala-se do Mandado de Injunção. Este remédio constitucional tem aplicabilidade quando a constituição exige norma regulamentadora de certo órgão legislativo ou ato de certo órgão administrativo e o responsável não faz, ou seja, quando o Legislativo ou o Executivo são omissos em cumprir com seus deveres, o Judiciário através dos tribunais emite um aviso para que seja produzido aquilo que não foi feito.

De acordo com os ditos populares seria um “puxão de orelha” que o Judiciário dá no Legislativo. Sobre o tema o professor Sérgio Reginaldo Bacha (1998, p.45) apresentou o seguinte conceito “O mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Percebe-se bem o papel do mandado de injunção como remédio constitucional, pois sua principal função é sanar uma omissão que fere diversos direitos fundamentais inerentes ao ser

humano, impossibilitando o gozo do cidadão daquilo que é considerado como o mínimo existencial para a sobrevivência na vida em sociedade. Esta função fica bem clara no dizeres do já referido autor Sérgio Reginaldo Bacha (1998, p.46):

O mandado de injunção é instrumento jurídico- processual incontinenti aplicável. Impende integrá-lo à ordem jurídica, dando-lhe eficácia de garantia de direitos, assegurados abstratamente pela Constituição, mas que, na prática dependem de providência do Estado para se efetivar. Quer dizer: muita vez um direito assegurado pela Constituição, em razão do legislador ordinário, torna-se inviável, inócuo. É que a integração desse direito à ordem jurídica depende de norma infraconstitucional e a falta dessa norma impede a efetivação do direito. Criou o Constituinte, então, para dar solução a esse problema, a ação denominada mandado de injunção.

Observa-se que é essencial permitir ao Tribunal que exerce o controle difuso aquele mesmo teor aditivo de função legislativa dada ao Supremo que ocorre em sede de ADO, dito de outro modo, caso o Tribunal somente emita um aviso sobre a omissão o mencionado remédio Constitucional cairia na mesma discussão da ADO no que tange a não obrigatoriedade do Legislativo de editar a lei, e do Executivo de exercer o ato, virando um meio processual sem aplicabilidade. Não haveria garantia de solução da omissão se somente fosse dada a ciência do ocorrido. Deve-se concretizar a função aditiva, suplementar ou integralizadora do Judiciário frente a omissão do Legislativo ou do Executivo.

A Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são formas que respeitam a separação dos poderes e freia o ativismo, pois não vincula outros órgãos a fazer ou deixar de fazer algo. Desta forma o Judiciário utiliza de seu poder para dar ciência da omissão, suprindo a necessidade de maneira temporária e não forçando os demais a fazer algo, ou seja, informa que a omissão de ato do poder público ou da edição de lei regulamentadora pode ferir o direito pátrio, sendo que na inércia dos responsáveis age de maneira provisória, em busca de cumprir a vontade da constituição, até os poderes de competência típica cumprirem a função. Logo resta configurada a harmonia entre os poderes e não imposição. Este produto do Neoconstitucionalismo é um dos principais lados positivos do movimento, pois os poderes se comunicam num modelo cooperativo e não impositivo.

3.2.3 – O Juiz Hércules e o Neoconstitucionalismo.

Ao se tratar da “nova” função que o magistrado exerce frente a ascensão da teoria Neoconstitucionalista deve-se buscar uma solução para que o ato de interpretar não caia num abismo de discricionariedade ou de parcialidade.

A tese extrema do novo constitucionalismo trazida por Ávila e estudada neste trabalho tem grande reflexo dentro do Judiciário nacional, pois fatores como súmulas vinculantes e julgamentos que ferem a ordem constitucional coadunam com o caráter normativo, metodológico e organizacional. Ocorre que tal extremismo deve ser combatido e adequado visando a manutenção da ordem jurídica do país, pois diversos problemas, já analisados no presente estudo, podem causar um colapso no presente e no futuro dos estudos e procedimentos jurídicos.

Para efetivar a adequação supramencionada é necessário que a máquina pública encontre um modo de atuar do intérprete onde o mesmo não permita as disparidades extremadas neoconstitucionalistas e busque aproximar a moral do Direito de maneira proveitosa, onde o Direito não seja motivo de conflito entre os poderes, mas sim o meio de se conseguir o que for mais correto de acordo com a vontade da Constituição.

A tese que mais se enquadra a correta atuação neoconstitucionalista no que tange o exercício da interpretação, de acordo com o presente estudo, vem do professor Ronald Dworkin (2002), tese esta que surge como metáfora e se intitula como o “Juiz Hércules”. Esta figura criada pelo professor norte americano consiste num intérprete histórico de um Direito, ou seja, o julgador ao exercer seu papel deve levar em consideração todo o trabalho jurídico e jurisprudencial construído com base no direito em análise. Ao solucionar um caso o intérprete irá juntar a vontade da lei fria com os ideais jurisprudenciais existentes e encaixar o contexto da sociedade atual.

O Hércules assume um papel de gestor de um direito, ou seja, o julgador deverá fundamentar o uso do passado daquela obrigação legal e escrever uma nova contribuição a ela, de acordo com a lei e princípios que a sociedade na qual ele está inserido tem submetido, para que os próximos julgadores continuem esta atividade, permitindo sempre a atualização dos entendimentos e a maior análise possível do que cerca o direito positivado.

Não basta aplicar a Jurisprudência só por ser Jurisprudência, já que o intérprete não fica vinculado ao que dispõe o teor de outros julgamentos, como seria na súmula vinculante. Deve-se usar os entendimentos passados para analisar o que o corpo jurídico nacional defende no presente e deixar essa nova visão para que os próximos

juízes também deem a sua contribuição. Em obra conjunta ao analisar a diretriz do CPC de 2015 os professores Alexandre Melo Franco Bahia, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Flávio Quinaud Pedron (2016, p.74) trouxeram a explicação de maneira mais compreensível desta metáfora criada por Dworkin, tratando o tema da seguinte maneira:

Seu magistrado, então, terá que levar em conta todos os argumentos trazidos pelas partes no processo, bem como tudo aquilo que foi construído do ponto de vista probatório-fático. Mas isso não basta, Hércules irá também procurar reconstruir a história institucional para verificar como os outros decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história (integridade).

O papel do juiz Hércules aproxima os princípios das regras sem existir hierarquia entre ambos, pois a ponderação utilizada não irá levar em consideração os princípios e ver meros conselhos nas leis, isso é evidente devido a análise da história daquele direito.

Não se pode alegar a dignidade da pessoa humana (como se faz bastante na atualidade) para afastar algo de maneira discricionária e parcial, pois existe um contexto de análise do direito em questão que vem de julgamentos efetivados que fundamentam a tese que vigora no ordenamento atual e uma mudança brusca por mera vontade do intérprete diverge com o trabalho do Legislador, da administração pública e do próprio Judiciário. Em suma os princípios esbarram na história que aquele direito tem, em tudo aquilo que foi feito por aquele direito, em todo trabalho do poder Público que surge daquele direito, retirando a visão extremada do caráter normativo.

A ponderação do juiz Hércules visa adequar o sistema atual ao que já foi criado e não aplicar o sistema atual ao que já foi criado, dito de outro modo, ponderar é estudar o direito e ver sua aplicação na atualidade e não impor o que se entende na atualidade sobre tudo aquilo que o direito gerou de efeitos no corpo jurídico nacional, logo fica afastada a visão extremada do caráter metodológico.

O poder Legislativo e Judiciário são parceiros e não chefes um do outro, pois o primeiro demonstra a vontade do povo e o segundo aplicar a vontade do povo de acordo com a carta maior. Sem não houver o trabalho de um órgão legislativo, o juiz fica sem objeto de análise e, se levar somente em consideração o que os tribunais dizem, esquece a vontade do povo. O juiz Hércules significa a efetivação da harmonia entre poderes. O juiz não cria lei, o juiz analisa a lei em conjunto com a atividade

jurídica já existente sobre ela e emite um juízo de interpretação que em casos futuros voltarão a ser analisados e adequados a lei que vigorar na época e aos entendimentos que surgirem dali em diante.

O trabalho feito por cada juiz que tratou do direito em discussão será levado em conta, cabendo ao magistrado na posse vigente estudar meios de configurar as teses passadas nos moldes constitucionais hodiernos. Observa-se que em alguns casos a lei que tratava do direito pode ser diferente da que o juiz atual tem a sua disposição e isso faz que o Legislativo mostre sua vontade e que o Judiciário a estude e fundamente seu entendimento como base também no que a lei diz e não a levando como algo precário. Logo a lei posterior e específica do método axiológico não existirá diante da história jurídica da obrigação positivada.

Exige-se maior dedicação do poder Judiciário, assim como dos demais poderes com o objetivo comum de construir um sistema jurídico que se aproxime ao máximo daquilo que ensina a Carta Maior. Fica clara a cooperação dos poderes e a necessidade de igualdade entre os mesmos, evitando a hierarquia do mecanismo organizacional. Se diferente fosse o juiz viraria um Deus e os demais poderes seriam servos, acarretando a centralização de poder e eclodindo os diversos e diversos problemas já narrados neste trabalho, figurando como o principal o totalitarismo dos juristas.

A ponderação sem limites existente no neoconstitucionalismo exposto por Humberto Ávila dá margem a discricionariedade para o juiz, porém de maneira diferente do positivismo que permitia a tal liberdade no caso de anomias no sistema. A ponderação sem limites anuncia que o intérprete poderá invocar qualquer vontade que seja somente ao usar o fundamento em regras abertas e genéricas como os princípios. A tese de Dworkin corrige tal entendimento ao entender que existe uma decisão final correta que se baseia no estudo de vários e vários juízes que se depararam com discussão sobre o direito em lide.

A partir disso, Hércules fará sua parte – ou seja, ele será responsável por adicionar um novo capítulo desenvolvendo a discussão, sem ignorá-la ou sem reinventá-la. Para tanto, deve se basear na ideia de que sua decisão (jurídica e moralmente) deve considerar que todas as pessoas da sociedade têm os mesmos direitos e liberdades, sem privilégios e, principalmente, sem discriminações baseadas em preconceito de qualquer espécie (religiosos, filosóficos, econômicos, políticos etc.). Essa última exigência faz com que a virtude da integridade seja vista de modo diferente de mera coerência (mera repetição do passado num juízo convencionalista[...]) O desafio posto para Hércules (e para o processo decisório permeado por todos os sujeitos

processuais) é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio judiciário tomou no passado. Isso o levou a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição (BAHIA, Alexandre Melo Franco. JÚNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. 2016, p, 76)

Os princípios e leis são fiéis servidores da Carta maior e seus instituidores devem trabalhar arduamente e em conjunto para proteger e efetivar a vontade constitucional. Não há o que se falar em hierarquia, como existem nos critérios normativos e metodológico, mas sim em colaboração. A subsunção aplicada aos casos e a ponderação principiológica formam um entendimento conjunto e os princípios e leis são as ferramentas para que a supramencionada colaboração aconteça.

Em suma observa-se que o juiz Hércules além de analisar o passado do Direito também deve levar em consideração o corpo social em que está inserido. É o responsável por garantir os direitos da sociedade, trazidos a lei por meio dos representantes legais do povo e deixando clara a atuação da Administração Pública. Este modo de agir por parte do intérprete permite que o Neoconstitucionalismo flutue num sistema jurídico sem trazer malefícios e confusões. Não existe discricionariedade, mas sim interpretação. A sociedade verá que não se busca travar a atividade interpretativa através de súmulas. O Direito não é um beco sem saída e muito menos uma via que só se leva a um caminho, mas sim um sistema com pluralidade de saídas e soluções plausíveis para os casos.

4 – Considerações Finais.

O Neoconstitucionalismo extremo nos fundamentos normativos e metodológico traz maior aproximação aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana por utilizar dos princípios como maior base, já que são o que mais se aproximam da essência da vontade constituinte originária. Porém permite que a subjetividade da generalidade dê margem para o intérprete para fundamentar suas decisões com cunho pessoal e maquiando este fator alegando o uso dos princípios. Em situações absurdas pode este alegar a dignidade da pessoa humana e a adequar em um sentido totalmente indigno a vida humana devido ao seu grau de generalidade e de difícil conceituação.

O lado positivo do fundamento axiológico extremado reside na possibilidade de haver maior profundidade no estudo do fato gerador da lide, pois lei posterior, individual e concreta deverá ser criada. Porém o descaso com a lei prévia, geral e abstrata traz a falta de segurança jurídica devido à incerteza que uma lei para cada caso pode trazer.

Observa-se que ignorar a lei prévia determina que os julgamentos não terão uma base sólida, podendo tudo ou nada acontecer e fortificar a arbitrariedade e discricionariedade subjetiva do intérprete. No mesmo sentido a igualdade também seria ferida por que em casos análogos as decisões claramente poderiam ser diferentes, já que lei nova poderia ser criada e ignorar a base prévia. Também se entende que a celeridade inexistiria, pois, cada intérprete levaria muito mais tempo para criar ato legal específico par cada caso, do que utilizando uma base que serve de norte para todo o corpo social, assim como a pluralidade de entendimentos e leis novas travariam o Judiciário no sentido de ser firmar qual é a lei em vigor.

O lado positivo extraído do fundamento organizacional é que o Judiciário é mais atuante e qualificado no que tange o estudo das leis do que os representantes do povo que estão no Legislativo, pois o notável saber jurídico para adentrar no STF e os concursos para juiz permitem maior análise de temas do Direito. Porém negativamente este fundamento fere diretamente a separação dos poderes e a democracia, pois um poder seria maior que os demais e a vontade do país seria regida por servidores públicos.

Entende-se através do presente estudo que o Neoconstitucionalismo extremo é um sistema extremamente perigoso e que tem reflexo no corpo jurídico nacional brasileiro. A existência das súmulas vinculantes é o maior expoente desta afirmação, pois a súmulas deveria ter poder persuasivo e não impositivo, dando força ao Judiciário em detrimento dos demais poderes. Existem benefícios dentro da referida teoria, porém os malefícios são extremamente maiores, não valendo a pena sua aplicabilidade integral no Brasil.

É bem verdade que nas relações entre pessoas ouve-se muito falar que o exagero causa danos. Ao ingerir em excesso um alimento, mesmo que seja saudável, os índices de colesterol e açúcar podem elevar ao ponto de gerar problemas de colesterol ou diabetes. Em se tratando de movimento sociais e religiosos em geral fica claro que o extremismo é um câncer para a convivência, como os grupos terroristas e seitas criminosas.

O malefício do extremismo encontra-se claramente configurado no estudo atual sobre a teoria neoconstitucionalista. Observa-se que impor hierarquia entre leis e princípios, impor a ponderação frente a subsunção, preterir a justiça geral e prévia frente a particular e posterior e impor superioridade ao Judiciário frente ao Legislativo são medidas fundamentadas em diversos clamores sociais devido ao descontentamento com os gestores do poder Público. Diante desta infelicidade algo teve que ser feito, logo foi surgindo uma nova visão sobre a atuação dos poderes regentes do Estado, colocando maior carga em cima do intérprete julgador.

O Judiciário ganhou mecanismos que o permitiu passar de contribuinte fiscalizador para militante em questão legislativa (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de injunção), devido a inércia do poder responsável, garantindo e solidificando, acertadamente, a vontade da Constituição já que não edita lei definitiva, mas sim ocupa um erro de outrem até o órgão competente sanar. Este papel representa a justiça nacional ao passar uma imagem de poderes harmoniosos e confiáveis a população.

O Legislativo deve atuar para evitar omissões buscando retirar a carga suplementar legislativa do Judiciário por meio de controle. O Judiciário deve usar o sistema legal brasileiro de acordo com a vontade Constitucional e não pelo clamor do agente interpretativo. Deve-se buscar o juiz Hércules! Aquele que traz novo episódio ao seriado existente sobre o Direito que fundamenta a lide, isto é, deve-se estudar a história em torno do direito em conflito e adicionar sua visão, de acordo com os fatores sociais atuais, sem privilégios infundados.

O Direito no Brasil vive um padrão extremamente misturado entre o “civil law” e o “common law”. A lei fria está se unindo cada vez mais com os costumes e a jurisprudência, através do Neoconstitucionalismo. A moral e ética são parceiras do direito e não se fala mais na neutralidade valorativa que existia em tempos de positivismo. É importante se estudar este fator para que essa junção de dois modelos não façam a ordem jurídica brasileira entrar em colapso.

5 – Referências bibliográficas.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: teoria do processo civil, Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'. **REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO ESTADO (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.17, 2009. Disponível na internet: < [HTTP//www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2018 as 04h40min.

BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3.ed. ver, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. Ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito.** 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Volume 1.** 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOCKE, John. **O Segundo tratado sobre o Governo Civil.** Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Vol. Único. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PINTO, Tácito Lívio Maranhão. SFT: "... Precipualemente a guarda da constituição...". **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL** – RBDC: Revista do programa de Pós- Graduação "Lato Sensu" em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) n. 16 – São Paulo: ESDC, jul. /dez, 2010, p. 237 – 316.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. **CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. Curitiba, 2011, n.4, Jan-Jun. p. 9 – 27.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.