

(NEO)CONSTITUCIONALISMO E HERMENÊUTICA: (RE)DISCUTINDO O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

(NEO)CONSTITUTIONALISM AND HERMENEUTICS: (RE)DISCUSSING THE ROLE OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Ricardo Augusto Herzl¹

RESUMO

O constitucionalismo traduz-se em um movimento social, político, filosófico e jurídico que questionou os esquemas tradicionais de domínio político do Estado, defendendo o ideal de liberdade humana e a limitação do poder absoluto. Os horrores causados pela segunda guerra revelaram a insuficiência do modelo jurídico adotado, centrado no ultrapassado positivismo exegetico, capaz de confundir a lei com o justo, tornando os juristas em escravos de sistemas totalitários. Inicia-se a luta pela superação do fracasso histórico, campo fértil para (re)formulação do paradigma jurídico e construção de um novo modelo de constitucionalismo, desta vez apostando na centralidade do Poder Judiciário (terceiro gigante). Assim, sob uma perspectiva (neo)constitucionalista, fazendo uso das teorias da argumentação jurídica, buscou-se ampliar os poderes na figura do juiz. Será que o (neo)constitucionalismo realmente simboliza algo de novo? Multiplicam-se os princípios no direito e, conseqüentemente, perde-se em normatividade: muitos não passam de capas de sentido para viabilizar a resolução judicial (performática) de casos difíceis. Os princípios devem resgatar o mundo prático alienado pelo positivismo, exercendo uma função de fechamento interpretativo. Os princípios constitucionais, quando levados a sério, reduzem a margem de discricionariedade judicial, orientando o intérprete na obtenção da resposta mais adequada à Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Hermenêutica; Princípios; Proporcionalidade; Ativismo; Neoprocessualismo; Panprincipiologismo

ABSTRACT

The constitutionalism translates into a social, political, legal and philosophical movement that questioned the traditional schemes of political dominance of the State, defending the ideal of human freedom and the limitation of absolute power. The horrors of the second war revealed the inadequacy of the legal model adopted, focusing on positivism exegetical outdated able to confuse legislation with the justice, making lawyers in slaves of totalitarian systems. Begins the struggle to overcome the historical failure, fertile field for (re)formulation of legal paradigm and building a new model of constitutionalism, this time focusing on the centrality of the Judiciary (third giant). Thus, from one perspective (neo)constitucionalist, making use of the theories of legal argument, we sought to expand the powers of the judge. Does the (neo)constitucionalism actually symbolizes something new? Principles multiplying and,

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2012). Formado em EAD Docência pela Fundação Getúlio Vargas (2010). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL (2008). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (2000). Professor de Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direito Previdenciário em cursos de Pós-graduação, Graduação e Extensão. Analista da Justiça Federal em Blumenau (SC). E-mail para críticas, dúvidas ou sugestões: prof.herzl@gmail.com

consequently, the law lost in normativity: many are only covers sense to enable the judicial resolution (performatic) of hard cases. The principles must rescue the practical world alienated by positivism, acting in an interpretive closure. Constitutional principles, when taken seriously, reduce judicial discretion, by guiding the interpreter in obtaining the most suitable response to the Constitution.

KEYWORDS: Constitutionalism; Neoconstitutionalism; Hermeneutics; Principles; Proportionality; Activism; Neoprocessualism; Panprincipiologism

1 INTRODUÇÃO

O (neo)constitucionalismo tem sido estudado e invocado pela doutrina, ainda majoritária no Brasil, como um sinônimo de prosperidade jurídica no âmbito do constitucionalismo hodierno. Todavia, para além da promessa de superação do paradigma juspositivista – do *juiz boca da lei* –, o (neo)constitucionalismo tornou-se terreno fértil para as mazelas da discricionariedade. Se antes o julgador era destinatário da ditadura da lei, agora se assenhora dela e do Direito, utilizando-se da (técnica de) ponderação de valores para solapar o Estado Democrático de Direito em nome de uma justiça baseada em seus próprios valores morais.

Nesta quadra da história – calcada pela busca tardia da efetividade dos direitos fundamentais, mormente no Direito Brasileiro – ganham força *teorias da argumentação jurídica*, muitas vezes transformando as decisões judiciais em um instrumento performático, por intermédio da jurisprudência dos valores. Multiplicam-se os princípios e, com eles, os salvadores da pátria de toga, a insegurança jurídica e os *achismos* processualizados.

Não estaríamos rumando para uma ditadura do judiciário? Será que o (neo)constitucionalismo não estaria em crise, em tempos de multiplicação de mecanismos de objetivação do processo e da constante *standartização* do direito, a fim de combater a fomentada loteria do protagonismo judicial? Qual o papel dos princípios no direito? Assim, mais em busca das causas dos problemas do que propriamente de uma solução aos paradoxos de uma pretensa pós-modernidade, o presente trabalho busca contribuir com a discussão e a construção de uma alternativa íntegra e democrática na interpretação do direito.

2 CONSTITUCIONALISMO, HISTORICIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo, em seu sentido clássico, traduz-se em um movimento social, político, filosófico e jurídico que questiona os esquemas tradicionais de domínio político do Estado, defendendo o *ideal de liberdade humana* e a *limitação do poder absoluto*. O constitucionalismo não se limita à mera elaboração de constituições escritas. Aliás, muitas constituições escritas não serviram sequer aos ideais de liberdade ou de limitação do poder.

A história do constitucionalismo confunde-se, portanto, com a história da luta pelos direitos fundamentais e a construção do estado democrático de direito. Como enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 27-35), os direitos fundamentais esboçam a face positivada e constitucionalizada dos direitos humanos dentro de um ordenamento jurídico.

O *constitucionalismo antigo* despontou-se pela antiguidade clássica e, de acordo com Karl Loewenstein (LOEWENSTEIN, 1970, p. 154), mais especificamente entre os hebreus, os gregos e os romanos. O povo hebreu adotou um regime teocrático (governo divino), em que o detentor do poder estava limitado pela *lei do senhor*. As cidades-estado gregas (VIII a V a.C.) implementaram um regime político-constitucional de democracia direta (escolha dos governantes pela vontade da maioria) que se pautava pela igualdade entre governantes e governados. A república romana (V a II a.C.) instituiu um sistema de pesos e contrapesos para dividir e limitar o poder político: o governo era dividido entre o Senado e o Imperador.

Este período foi marcado, em geral, pela ausência de constituições escritas e por limitar somente alguns órgãos do poder estatal e reconhecer certos direitos fundamentais. O príncipe ou imperador e o parlamento não estavam limitados às disposições constitucionais.

Fato marcante e de transição para o *constitucionalismo moderno* ocorreu na idade média, com a Magna Carta Inglesa de 1215 (*Magna Charta Libertarum*), após acordo firmado entre o rei *João Sem Terra* e os seus súditos revoltados, introduzindo a *constituição escrita e rígida*, a fim de ser invocada em face do governante, contendo como traços marcantes a *organização do Estado* e a *limitação de todos os órgãos do poder estatal*, por meio da *declaração de direitos e garantias fundamentais*.

Mas somente a partir do século XVII passaram a ser elaborados importantes documentos constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 32-33), como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689). A primeira Constituição, sistematizada e assim rotulada, foi a do Estado da Virgínia (1776), seguida da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e da Constituição Francesa (1791).

No plano político, o constitucionalismo moderno confunde-se com o *liberalismo*. O liberalismo, movimento político financiado pela classe burguesa em franca ascensão, defende o ideal da não-intervenção do Estado (*laissez-faire*), tolerando-o como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a divisão de funções do Estado e, com isso, a separação de poderes que o *Barão de Montesquieu* teorizou em sua obra *Espírito das Leis* (FERREIRA FILHO, 1996, p. 6).

Neste cenário histórico surgem os *direitos fundamentais de primeira dimensão* são direitos exercidos pelos cidadãos em face do poder do Estado, limitando a atuação deste.

Representam um “não fazer” Estatal, preservando e assegurando uma zona mínima de exercício do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (SARLET, 2010, p. 46-47). Tais direitos são produtos do pensamento liberal-burguês do século XVIII: ao estado liberal cabe tão-somente cuidar da esfera política, da administração do Estado, interferindo o mínimo possível na vida dos indivíduos que o compõe.

Entretanto, a insurgência do estado liberal trouxe consigo novas mazelas: todo homem tende ao abuso quando reúne muito poder em suas mãos. Seria ingenuidade acreditar que o liberalismo tinha como finalidade maior o bem estar dos cidadãos em face da tirania do Estado. Ao contrário, a burguesia financiou a revolução por dinheiro (alta carga de tributos) e usou do discurso liberal para inflamar os cidadãos contra a monarquia. A revolução industrial do século XIX, ironicamente e sem quaisquer escrúpulos, usurpou a dignidade dos indivíduos em nome da tão conclamada liberdade (HUBERMAN, 1978, p. 190).

O Homem, livre por natureza, mas sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar proteção do Estado, de quem passou a depender para desenvolver suas virtualidades. Diante deste contexto, surge o *Estado do bem-estar social (welfare state)*. Agora o Estado deve, além de assegurar um mínimo de liberdades públicas, interferir nas relações sociais e econômicas, pondo freios e limites ao poder do capital.

Todavia, os horrores causados pela segunda guerra mundial revelaram ao mundo a insuficiência do modelo jurídico adotado pelos países da *civil law*, até então centrados no ultrapassado positivismo exegético, capaz de confundir a lei com o justo, tornando os juristas escravos de sistemas autoritários, como o nazismo e o fascismo.

Assim, torna-se indispensável a luta pela superação, campo fértil para a (re)formulação do paradigma jurídico e a promessa de construção de um *novo modelo de constitucionalismo* – denominado *(neo)constitucionalismo*.

A busca por um (neo)constitucionalismo acabou por revelar (i) a centralidade dos direitos fundamentais, (ii) a reaproximação entre direito e ética, e (iii) uma nova dogmática de interpretação constitucional – em grande parte representadas pelas teorias da argumentação jurídica –, resultando em um profundo processo de *constitucionalização do Direito*. Com isso, toda a ordem jurídica passa a ficar impregnada de *valores* constitucionais, condicionando a legislação infraconstitucional e as ações dos agentes políticos e dos operadores do direito.

3 (NEO)CONSTITUCIONALISMO: SERÁ QUE HÁ ALGO DE NOVO?

A fim de conceituar e determinar o alcance da expressão *(neo)constitucionalismo*, Paolo Comanducci (2009, p. 75-98) nos convida a fazer uma análise acerca das diferentes

formas com as quais se manifesta, estudando-o sob três perspectivas: *teórica, ideológica e metodológica*.

Sob a *perspectiva teórica*, o (neo)constitucionalismo significou uma ruptura com os padrões do juspositivismo teórico – representado pela excessiva intervenção governamental, pelo papel de destaque exercido pelas leis e por técnicas formais de interpretação (dentre elas, a principal, a subsunção) –, por inserir no texto constitucional um vasto catálogo de direitos fundamentais, representados simultaneamente por regras e princípios.

Ainda, caracteriza-se por analisar o papel que assume a Constituição diante dos sistemas jurídicos contemporâneos. Enquanto teoria do direito, o (neo)constitucionalismo pode seguir dois modelos distintos: (a) *modelo descritivo*: defende que a Constituição é composta por um conjunto de regras jurídicas que fundamentam todo o sistema jurídico e, por esta razão, encontram-se em posição hierarquicamente superior às demais normas legais; e (b) *modelo axiológico*: além de ser norma jurídica fundante e hierarquicamente superior, a Constituição exerce um papel dirigente, na medida em que atribui um “valor especial” a determinados assuntos nela constantes.

Um dos traços marcantes do (neo)constitucionalismo teórico é a tese de que a interpretação constitucional, como derivação natural de um processo de constitucionalização do Direito, apresenta características especiais a respeito de como a lei deve ser interpretada, a depender se prepondera um modelo descritivo ou um modelo axiológico. Adotado o *modelo axiológico*, o (neo)constitucionalismo *aproxima-se mais a uma ideologia*, ao revés de uma teoria propriamente dita, o que gera a necessidade de elaboração de uma doutrina especial de interpretação constitucional. Por outro lado, se acolhido o *modelo descritivo*, a Constituição deve ser interpretada em razão de sua posição hierarquicamente superior, e não por meio dos seus diferenciais qualitativos.

Sob a *perspectiva ideológica*, o (neo)constitucionalismo tende a relegar a um segundo plano a questão da limitação do poder estatal, muito presente no constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, projetando em destaque a centralidade os direitos fundamentais na composição do Estado Democrático de Direito. Deste modo, destaca o importante papel a ser exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário na concretização, atualização e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Ideologicamente, o (neo)constitucionalismo tem estabelecido uma *forte conexão entre o Direito e a moral*, revelando uma obrigação moral de obediência à Constituição, o que demonstra semelhanças ao positivismo ideológico do século XIX.

Sob a *perspectiva metodológica*, o (neo)constitucionalismo aproxima-se do positivismo metodológico e conceitual, por adotar a tese de que sempre é possível identificar e descrever o *Direito como é*, de modo a distingui-lo do *Direito como deveria ser*. Assim, admite as fontes sociais do Direito e reafirma a necessária conexão entre Direito e moral.

Impende ressaltar que, além de descrever, Comanducci critica cada uma das perspectivas do (neo)constitucionalismo. Sob a perspectiva teórica, o (neo)constitucionalismo não passa de um positivismo jurídico dos dias atuais. Por outro lado, sob o viés ideológico e metodológico, critica-se o alto grau de relativismo causado pela técnica de ponderação dos valores e pelo alto grau de subjetividade do que seria entendido por moral ou não. Pior, corre-se o risco de tentar objetivar a moral – como se fosse possível a construção de uma *metaética*.

Em condições reais, a existência de princípios (no sentido de axiomas, valores) em jogo pode propiciar aos juízes a possibilidade de sempre encontrarem uma fundamentação para suas escolhas pessoais. Melhor dizendo: primeiro decido, depois fundamento. Deste modo, tamanha abstração acaba por aumentar a indeterminação do próprio Direito, enfraquecendo-o.

No tocante à utilização da expressão *(neo)constitucionalismo* à experiência jurídica das democracias atuais, ressaltam-se as severas críticas acentuadas por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE; p. 13-56) de que se trata de terminologia ambígua e enganadora, porquanto nada mais identificaria senão uma tentativa de retorno ao jusnaturalismo, não possuindo características essenciais. Ainda, não carrega consigo nada de novo, já que representaria uma superação em sentido antipositivista do próprio positivismo. Ao contrário, propõe simplesmente em se falar em um constitucionalismo jurídico, não mais resultante da conhecida contraposição entre o constitucionalismo jusnaturalista e o juspositivista, mas sim atual embate travado entre o constitucionalismo argumentativo (ou principialista) e o positivista (ou garantista).

Para o referido autor, em síntese, o *constitucionalismo principialista* tem como características fundamentais (a) o ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral, (b) o papel central associado às teorias da argumentação, mormente as que estabelecem que os direitos, após sua abdução pela Constituição, mesmo sob a forma de regras, devem ser considerados princípios, a fim de viabilizar a “técnica” da ponderação de “valores”, e (c) a concepção do Direito “como uma prática jurídica” (pragmatismo) confiada ao sabor dos magistrados.

Em face das aludidas características, ainda, Ferrajoli identifica alguns riscos decorrentes do *constitucionalismo principialista*: o crescente cognitismo ético conduzindo a

um absolutismo (dogmatismo) moral, gerando intolerância das opiniões morais dissidentes; o consequente enfraquecimento do papel normativo das Constituições em face da sua constante relativização; o ativismo judicial, com a ampliação da discricionariedade, o aumento do grau de incerteza das decisões e a crise de legitimação da jurisdição; a degradação dos direitos fundamentais e enfraquecimento dos princípios constitucionais que os representam pela utilização de enunciados vagos e com genéricas recomendações de caráter ético-político.

Apresentando a *outra face da moeda*, o aludido autor descreve o *constitucionalismo positivista (ou garantista)* como detentor do que denomina de *normatividade forte*, qualidade típica das Constituições rígidas. É possível reconhecer um *direito ilegítimo* quando violado o *dever ser jurídico*. Melhor explico: se a Constituição (texto) for levada a sério, reconhecendo nela constar um grande projeto normativo, compete ao Poder Legislativo, na via primária, criar legislação robusta e idônea de regulamentação e, na via secundária, é possível que o Poder Judiciário resolva antinomias ou lacunas por meio da interpretação sistemática.

No plano nacional, Luís Roberto Barroso (2007, p. 4-5) identifica o (neo)constitucionalismo como um conjunto amplo de transformações ocorrido no Estado e no Direito Constitucional, analisando-o de diferentes perspectivas: a) como um *marco histórico*, consolidou a formação do estado constitucional de direito; b) como *marco filosófico*, coincide com o pós-positivismo ao adotar a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre ética e direito; e, por fim, c) como *marco teórico*, simboliza o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Fazendo um importante contraponto, Lenio Streck (2011, p. 36-37) critica em *terraebrasilis* com veemência a utilização do prefixo (neo-), apontando que o termo neoconstitucionalismo pode levar a sérios equívocos. Conquanto em um primeiro momento falar em um “novo” constitucionalismo foi importante na direção de um constitucionalismo compromissório (dirigente), indo para além de um constitucionalismo de feições liberais, sob a bandeira do denominado (neo)constitucionalismo, surgiram as teorias da argumentação (tendo em Alexy seu expoente máximo), a jurisprudência dos valores, o ativismo judicial e, finalmente, a loteria do protagonismo judicial.

O (neo)constitucionalismo não seria mais que um *pós-positivismo à brasileira*, que pretende colocar o *rótulo de novo a velhas questões*: não há nenhuma novidade em afirmar que o julgador, no momento da decisão, possui um espaço discricionário de manobra, ou que o juiz não se limita a ser a *boca da lei*.

Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. E não confundamos essa discussão – tão

relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir ou pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do direito (STRECK, 2011, p. 39).

Logo, Streck reconhece não fazer mais nenhum sentido a utilização da expressão (neo)constitucionalismo, razão por que opta em designar de *Constitucionalismo Contemporâneo* a construção de um novo direito, sob a perspectiva de uma Constituição íntegra e dirigente.

4 (NEO)CONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Consoante Canotilho (1995, p. 202), *interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada*. Assim, o arauto português destaca três dimensões importantes para fins de interpretação da Constituição: primeiro, consiste em procurar o direito contido nas normas constitucionais; segundo, implica em uma atividade complexa de busca por um significado ao enunciado linguístico; terceiro, obtém-se o produto da interpretação de acordo com o significado atribuído.

No Brasil, constitucionalistas como Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 90) – depositando suas esperanças e expectativas nas lições de Canotilho – acreditam que a interpretação das normas constitucionais consiste em um *conjunto de métodos e princípios* calcado em premissas filosóficas, metodológicas e epistemológicas das mais variadas, reciprocamente complementares, e que *confirmam o caráter unitário da atividade interpretativa*.

Assim, Canotilho (1995, p. 212-215) sustenta existir cinco *métodos de interpretação constitucional*, ou seja, *técnicas* para obtenção do verdadeiro significado das normas:

a) *Método hermenêutico clássico* (Ernest Forsthoff): a Constituição é uma lei; logo pode ser interpretada pela aplicação simultânea de regras tradicionais de hermenêutica, por meio de elementos interpretativos: (i) elemento filológico (interpretação literal, gramatical,

textual); (ii) elemento lógico (interpretação sistemática); (iii) elemento histórico; (iv) elemento teleológico (interpretação finalística) e (v) elemento genético;

b) *Método tópico-problemático* (Theodor Viehweg): a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios; assim, admite mais de uma resposta correta; logo, utiliza-se da tópica (técnica do pensamento problemático), como uma estrutura aberta de argumentação capaz de adaptar ou selecionar a resposta mais adequada em face de um caso em concreto;

c) *Método hermenêutico-concretizador*² (Konrad Hesse): a leitura de qualquer texto tem início pela pré-compreensão do fenômeno a partir do intérprete, desvelando o significado da norma a partir de uma significação histórica e da relação entre texto e contexto, para que a solução emergja à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça;

d) *Método científico-espiritual* (Rudolf Smend): a interpretação deve levar em conta a Constituição como um sistema de valores (captação espiritual do conteúdo axiológico da Constituição) de modo a compreender o seu sentido e realidade no seio da comunidade, por uma perspectiva política e sociológica (processo de integração). A Constituição é a ordenação jurídica do Estado ou da dinâmica vital em que se desenvolve a vida estatal;

e) *Método normativo-estruturante* (Friedrich Müller): não é o teor literal do texto que deve regular o caso em concreto, mas sim aplicação empírica do texto, a partir da resolução de problemas práticos, sob as premissas da tradição e a incorporação da realidade, gerando *normatividade*; neste sentido, o texto de um preceito jurídico é apenas a parte descoberta do iceberg normativo.

Neste ponto, impende ressaltar as críticas trazidas por Virgílio Afonso da Silva no tocante a maneira como a doutrina brasileira se apropriou dos métodos de interpretação constitucional. O autor denuncia o que denomina de *sincretismo metodológico* para criticar a possibilidade de complementação entre métodos construídos separadamente, sem qualquer demonstração como esta convivência seria possível na prática. Ao contrário, costumam ser conflitantes. Trata-se da *mixagem metodológica*, também denunciada por Lenio Streck (2011, p. 20).

Assim, não é de se estranhar que em trabalhos sobre métodos e princípios de interpretação constitucional “não costumam ser utilizados exemplos concretos de sua possível aplicação prática”. Não se costuma examinar, por

² Lenio Streck critica a obra de Inocêncio Martins Coelho por confundir a hermenêutica filosófica com o método hermenêutico-concretizador, ao fazer referência expressa em sua obra a Gadamer (in MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103-104). Embora Canotilho faça menção ao *círculo hermenêutico* – verdade seja dita e, talvez, daí tenha resultado a aludida confusão (in CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 214) –, em momento algum Canotilho cita Gadamer, limitando-se a remeter a autoria do método hermenêutico-concretizador a uma fusão entre as ideias de Konrad Hesse e Friedrich Müller.

exemplo, quando se fala desse ou daquele método, como seria uma aplicação prática de cada uma deles. As análises costumam limitar-se a expor a idéia [sic] teórica central de cada método. Isso é, obviamente, insuficiente, pois “métodos não são um fim em si mesmos,” mas existem para serem aplicados. Por que, então, não se encontram análises jurisprudenciais concretas com base nesse ou naquele método – isto é, por que não são utilizados “exemplos concretos” da jurisprudência do STF, ou de outros tribunais, para que seja exposto como tais casos teriam sido decididos se tivesse sido usado esse, aquele ou um conjunto de métodos? Talvez porque essa demonstração seja impossível. Exemplos de que isso é assim existem em grande número. Limitar-me-ei, contudo, a alguns poucos deles: (1) Como harmonizar a idéia [sic] de unidade da constituição com a existência de colisão entre direitos fundamentais? (2) Como conciliar método estruturante com a idéia [sic] de sopesamento? (3) Como compatibilizar o método clássico – que, na versão de Forsthoff, tem cariz marcadamente positivista – com o método estruturante, explicitamente pós-positivista? (4) Como articular, por fim, um catálogo tópico de princípios de interpretação com métodos que não tratam princípios como “topoi”? Todas estas perguntas são meramente retóricas, e a resposta fica clara pelo simples fato de elas terem sido formuladas (SILVA, 2010, p. 135-136).

Com já dito alhures, os (neo)constitucionalistas – de um modo em geral – sustentam que a interpretação exige, além dos métodos, *princípios relacionados à hermenêutica (neo)constitucional*:

a) *Princípio da unidade da constituição*: as normas constitucionais não devem interpretadas isoladamente, mas sim como preceitos integrados a um sistema que compõe um todo. Só a partir da unidade do sistema é que se interpretam as normas, estabelecendo uma relação de interdependência entre si.

Ademais, decorre do princípio da unidade a mesma hierarquia normativa entre as normas constitucionais, não existindo escalonamento interno da constituição, implicando em coexistência de normas que, à luz de um caso em concreto, possam aparentar certa antagonia. Logo, *não existem normas constitucionais inconstitucionais* (CANOTILHO, 1997, p. 191-192).

b) *Princípio da concordância prática ou harmonização*: consiste no mandamento destinado ao aplicador da norma constitucional para que procure otimizar e harmonizar a relação de todos os *valores constitucionalmente protegidos* acaso se depare com aparentes conflitos, de modo a não acarretar negação a nenhum. Assim, a depender das peculiaridades impostas por uma situação em concreto, cabe ao hermenêuta a tarefa conciliadora de manter a concordância entre todos os axiomas que emergem da Constituição.

Ocorre que a referida concordância ou harmonização possui natureza meramente principiológica, porquanto no mundo dos fatos, com exceção às hipóteses de transação, sempre haverá uma parte vencedora e outra vencida. Ninguém gosta de perder. Logo, a

preservação da harmonia está relacionada com a preservação da unidade da constituição, a fim de que restem intactos dentro da ordem jurídica os valores constitucionais que mereçam ser relativizados à luz do caso concreto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 108).

c) *Princípio da correção funcional*: tem por finalidade orientar os intérpretes no sentido não perturbarem a ordem organizacional dentro de um sistema coerente de repartição de competências. Logo, principalmente em momentos de crise, é indispensável que *as relações entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário sejam pautadas pela harmonia institucional e respeito mútuo*, com observância do princípio da separação de poderes, consoante a estrutura enunciada pela Constituição.

d) *Princípio da eficácia integradora*: a interpretação da Constituição deve privilegiar a adoção de critérios que favoreçam uma maior coesão política e social, visando o reforço da unidade política. Como bem apregoa Canotilho (1995, p. 227), este axioma [...] *arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras*.

e) *Princípio da força normativa da constituição*: a Constituição é a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*), de onde as leis primárias buscam seu fundamento de validade e, por isso, dispõe de força normativa para estabelecer seus preceitos (KELSEN, 1998, 246-255). Se por um lado o escalonamento de normas traduz maior complexidade ao ordenamento jurídico, por outro é possível visualizar de forma mais clara, no vértice de tal sistema, os valores fundamentais que o orientam, dando a ele unidade jurídico-axiológica, de observância obrigatória.

f) *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*: a maioria da doutrina constitucional trata a proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade. Trata-se da possibilidade de balanceamento de valores constitucionais aparentemente em conflito que, à luz de um caso em concreto, por meio do exercício de ponderação, pode indicar a opção hermenêutica do valor a preponderar.

Por outro lado, existem aqueles que preferem distinguir proporcionalidade de razoabilidade, ao argumento de que a razoabilidade seria mais ampla. Neste sentido, Canotilho (1995, p. 382-384) destaca que o *princípio da proibição do excesso (Übermassverbot)*, enquanto sinônimo de proporcionalidade ampla, desdobra-se em outros três postulados:

i) *Princípio da conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit)*: a medida adotada para a satisfação do interesse público deve ser adequada, ou seja, o meio escolhido

deve ser capaz de produzir os fins almejados, dispensados os meios inúteis. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim;

ii) *Princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit)*: consubstancia-se na ideia de que a medida adotada tem que trazer ao cidadão a menor desvantagem possível no tocante à limitação de direitos fundamentais. Procura-se, portanto, evitar excessos da Administração.

iii) *Princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit)*: após concluir o hermenauta de que o meio é adequado e necessário para alcançar um determinado fim, meios e fins são colocados em um juízo de ponderação – como se sopesados em uma balança – a fim de verificar se entre eles existe desproporção. Trata-se de um juízo de prós e contras, vantagens dos fins *versus* as desvantagens dos meios.

Impende ressaltar que no Brasil o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, embora não expressamente enunciado na Carta Constitucional, traduz para os (neo)constitucionalistas as ideias de *justiça, bom senso, prudência e moderação*, investindo todas as suas expectativas na discricionariedade, no ativismo judicial e na jurisprudência dos valores, assuntos que melhor serão analisados nos tópicos seguintes.

5 INSTRUMENTALIDADE, (NEO)PROCESSUALISMO E SOLIPSISMO JUDICIAL

Consoante nos ensina Mauro Cappelletti (1993), a *interpretação do juiz* e a *criação do direito* não são conceitos contrapostos. Toda interpretação judiciária do direito legislativo exige um certo grau de criatividade. Mesmo a mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixa lacunas quando da sua aplicação a um caso em concreto, o que permite (e necessita) que o juiz aplique a exegese legal afastando eventuais ambiguidades e incertezas. Assim, o que se discute é o *grau de criatividade* e os *modos, limites e aceitabilidade* do direito criado pelos tribunais.

A interpretação exige o penetrar na seara dos pensamentos, inspirações e linguagem com a finalidade de compreender o alcance e a profundidade daquilo que se interpreta. Logo, *não há neutralidade no exercício da interpretação*, porquanto a capacidade intelectual, as experiências de vida, o perfil ideológico e o contexto social no qual está imerso o intérprete interferem diretamente em sua missão.

O intérprete, ao tentar preencher lacunas e esclarecer ambiguidades, deve fazer escolhas. E as escolhas que o intérprete faz trazem consigo a criatividade oriunda da projeção de seus valores, seja na interpretação dos precedentes, seja na interpretação da lei. Assim,

toda interpretação é criativa, por sua natureza, e toda interpretação judiciária, portanto, torna do juiz, guardadas as proporções, em um *fazedor de leis diante do caso em concreto*.

Cappelletti, contudo, destaca que a função de interpretar o direito pelo magistrado não se equipara à atividade legislativa. Se for verdade que ao juiz incumbe esclarecer, integrar, transformar e, eventualmente, até mesmo criar novo direito na solução dos casos a ele postos à baila, sob um enfoque substancial, também é verdade que tal desiderato não se confunde com a função típica do processo legislativo. Os processos legislativo e judicial distinguem-se quanto ao *modo* de produzir o direito, embora ambos hajam de modo criativo.

Todavia, tal margem de discricionariedade interpretativa *não se confunde com arbitrariedade*. O juiz intérprete não é um criador ilimitado, livre de vínculos. Ao contrário, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer limites à liberdade judicial, de natureza processual ou substancial. Por exemplo, é nítido que o magistrado tenha maior grau de criatividade quando autorizado julgar por *equidade*, se comparado à aplicação de critérios legais. Deve-se ter em mente que o juiz tem como *dever mínimo* apoiar sua argumentação em um substrato jurídico consistente, não livremente no seu íntimo ideal de justiça. Na criatividade judicial dentro da aplicação do direito deve ser respeitada sempre a *fronteira do bom senso*.

O *formalismo* trouxe para o processo jurisdicional a lógica pura e mecânica de o juiz agir tão-somente como a *inanimada boca da lei*. Dentro do formalismo, o magistrado se encontra na posição de mero declarador de direitos, sem qualquer criatividade ou valoração pessoal, consistindo a sentença no resultado matemático de uma operação dedutiva.

Quanto mais a sociedade torna-se próspera, urbana e tecnologicamente avançada, mais complexo torna-se o papel do Estado na missão de tentar controlar os efeitos colaterais e não desejados em matéria de produção e consumo (*externalities*). Neste sentido, a questão ambiental torna-se de elevada importância na medida em que cabe ao Estado dar direcionamento às políticas sociais sem prejudicar o crescimento da economia.

Assim, não é mais possível confiar na *mão invisível* que orienta a economia, porquanto a lei que orienta o mercado é orientada pela *maximalização dos lucros*. Torna-se imperioso que o Estado interfira nos domínios da economia. O *welfare state*, para poder controlar a sociedade complexa, transforma-se aos poucos de *estado legislativo* em *estado administrativo*. E, com um estado administrativo acentuado chega-se ao estado burocrático, destinado à proteção e à repressão de práticas abusivas, correndo-se o risco de se tornar um estado de polícia.

Também é certo que a legislação com finalidade social em muito se distingue da legislação tradicional. A promoção dos direitos sociais exige execução gradual, prolongada no tempo. Neste sentido, não há espaço simplesmente para legislação que diga o que é *certo ou errado*, que seja *oito ou oitenta*. A legislação social possui nítidos *contornos programáticos*, mormente porque define a finalidade e os princípios que orientam os direitos sociais, exatamente para permitir a transformação do presente sem prejudicar a formação do futuro.

Diante desta legislação social, o papel da criatividade judicial toma maior destaque, tendo em conta que o magistrado, ao interpretar os direitos sociais programáticos, tem espaço para *maior grau de discricionariedade* (CAPPELLETTI, 1993, p. 43).

Vale destacar, contudo, que o estado do bem-estar social, em resposta aos anseios de uma nova realidade econômica e social, foi criado pelo legislador, não pelos juízes. E, pior, *o legislador não é capaz de acompanhar, no exercício da função legislativa, as necessidades que a realidade impõe*. Muitas das leis são tardias e, com isso, tornam-se obsoletas; outras são ineficazes, *não pegam*; pior, muitas ainda criam confusão, obscuridade e descrédito da lei. Trata-se do *overload* (sobrecarga) do Poder Legislativo.

Outro aspecto interessante e não menos polêmico diz respeito à *crise de legitimação democrática*. O sonho dos *sistemas representativos de governo*, em que o povo formula a lei a qual se submete, transforma-se em pesadelo. Observa-se na atuação da classe política a defesa de interesses corporativos ou a políticas partidárias, distanciando-se dos anseios dos eleitores que representam.

Para compensar a paralisia do legislativo, criou-se um aparato grandioso no Poder Executivo, composto de órgãos, autarquias e agências reguladoras, a quem foram confiadas tarefas normativas e fiscalizadoras. Assim, *os Poderes Legislativo e Executivo transformaram-se em dois gigantes*: o primeiro lento e ineficaz, e, o segundo, potencialmente paternalista e repressivo. Tais consequências trazem para o Poder Judiciário o aumento da sua função e responsabilidade: o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos do Poder Público. O Poder Judiciário viu-se forçado a escolher um dentre dois modelos: permanecer adstrito à clássica função jurisdicional ou acompanhar a evolução dos demais poderes.

Neste momento surge a necessidade de afirmação de um *terceiro gigante*, a fim de manter o equilíbrio entre os poderes: o Poder Judiciário ultrapassa a tarefa de solucionar conflitos privados e passa a exercer importante *papel de controle político* à luz dos novos direitos, ampliando a necessidade do *ativismo* e da *criatividade judicial*.

Podem-se apontar os seguintes *aspectos favoráveis à criatividade judicial*: o direito exige interpretação; há um dever mínimo de fundamentação das decisões judiciais; a mera

reprodução da lei pode ser causa de injustiça social; o legislador não é capaz de prever todas as situações; o poder judiciário deve se tornar um terceiro gigante para manter o equilíbrio entre os poderes; há forte crise de legitimidade da representação política em torno do poder legislativo e incapacidade de o poder executivo atender a todas as demandas sociais.

Por outro lado, destacam-se como *fatores contrários à criatividade judicial*: a possibilidade de arbítrio na tomada das decisões judiciais; dificuldade de controle social: menor acesso do cidadão ao conhecimento das decisões judiciais; a eficácia retroativa das decisões declaratórias pode gerar insegurança social; a magistratura não possui aparelhamento necessário a permitir a investigação de fenômenos extrajudiciais; a independência funcional revela maior tendência ao abuso do poder.

No Brasil, Cândido Rangel Dinamarco (2009) propõe que o instituto da ação saia do centro das discussões da seara processual, dando maior lugar à ideia de *jurisdição*: a disciplina do poder em torno da figura do juiz torna-se o fator de unidade a reunir uma nova teoria para o direito processual.

A instrumentalidade do processo compreende o processo como um meio, legitimado a partir dos fins a que se destina (raciocínio teleológico). Melhor dizendo: o processo não pode ser observado como um fim em si mesmo; ao contrário, serve de instrumento para a execução das finalidades eleitas e perseguidas pelo Estado.

Neste contexto, a *jurisdição* – o poder de dizer o direito – deve ser exercida por meio do processo e mediante a persecução de três escopos: o *escopo social* (o poder dos juízes em educar os membros da sociedade acerca dos seus direitos e obrigações); o *escopo político* (o poder dos juízes em decidir imperativamente e definitivamente, valorizando a liberdade, limitando os poderes do estado e assegurando a participação dos cidadãos); e o *escopo jurídico* (o poder dos juízes em aplicar a vontade concreta do direito, como um fim ideal, tendo como limite de atuação as leis e a Constituição).

Além de traçar os objetivos (escopos) da jurisdição, Dinamarco também busca determinar o conteúdo da instrumentalidade do processo, desdobrando-o em seus sentidos negativo e positivo.

O *sentido negativo da instrumentalidade* consiste na negação do processo como um valor em si mesmo considerado, de modo a evitar exageros ao formalismo contido nas técnicas processuais. Ou seja: deposita-se nas mãos do julgador a capacidade de escolher quando a forma torna-se um obstáculo à concretização dos direitos.

O *sentido positivo da instrumentalidade*, por sua vez, estaria ligado à preocupação de extrair do processo, como instrumento, o máximo proveito quanto à obtenção dos escopos da

jurisdição. Confunde-se, portanto, com a *efetividade do processo*, resumindo-a na ideia de que *o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*, o que se revela por meio de quatro aspectos fundamentais:

a) quanto à *ampla admissão em juízo*: corresponde à possibilidade de acesso universal à tutela jurisdicional, superando as causas impeditivas, de natureza econômica, cultural, psicossocial e jurídica;

b) quanto ao *modo-de-ser do processo*: o processo deve respeitar o contraditório (direito da parte em manter o diálogo com o juiz e a possibilidade de participar intensamente do processo), repudiara litigância de má-fé, e buscar a imparcialidade, a tentativa de conciliação, a informalidade, a possibilidade de o magistrado converter o julgamento em diligência em busca da verdade real, a adaptabilidade e especialização dos procedimentos e a possibilidade de concessão de liminares;

c) quanto à *justiça das decisões*: conquanto não seja equiparado ao legislador, o instante da tomada de decisão pelo magistrado é um *momento valorativo*; havendo mais de uma forma de interpretar determinada situação, o juiz tem o dever de optar pelo caminho que represente e satisfaça ao *sentimento social de justiça*.

d) quanto à *efetividade das decisões judiciais*: o juiz deve ter força bastante para concretizar suas decisões, por meio da aplicação de meios de coerção ou sub-rogação, na execução da tutela específica, da tutela executiva e da tutela cautelar.

Ocorre que a demora na solução dos litígios postos à baila do Poder Judiciário, em tempos de expansão da luta pelos direitos fundamentais sob a égide da então promulgação da Constituição Cidadã, serviu de combustível para acelerar a difusão da concepção instrumental no meio jurídico, mormente em uma sociedade pós-ditadura, extremamente carente de democracia e justiça social e, por isso, sedenta por mecanismos processuais pautados no discurso da *efetividade do processo*³.

Neste contexto, várias alterações legislativas ampliaram os poderes dos juízes, mormente após a década de 1990, e o *terceiro gigante* passa a desempenhar cada vez mais papel de destaque diante do sistema processual brasileiro. Para citar apenas alguns exemplos, destacam-se:

³ Para o José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 49-50) [...] *processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.*

a) A possibilidade de o juiz, a pedido, antecipar os efeitos da tutela (CPC, art. 273, incluído pela Lei 8.952/94);

b) Para a efetivação da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de dinheiro) ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (CPC, arts. 461 e 461-A, incluídos pelas Leis 8.952/94 e 10.444/02);

c) A aplicação de multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, quando todos aqueles que participem do processo (partes ou terceiros) não cumprirem com exatidão os provimentos mandamentais ou criarem embaraços à efetivação de provimentos judiciais (CPC, art. 14, V, c/c, parágrafo único, incluído pela Lei 10.358/01);

d) O juiz está autorizado a proferir sentença liminar de improcedência quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos (CPC, art. 285-A, incluído pela Lei 11.277/06);

e) 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 (CPC, art. 518, § 1º, incluído pela Lei 11.276/2006);

f) O relator, no Tribunal, (i) negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou (ii) poderá dar provimento ao recurso, em decisão monocrática, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (CPC, art. 557, alterado pela Lei 9.756/98);

g) Permitiu-se, tanto ao presidente do Tribunal de origem quanto ao relator no STF ou STJ, o *sobrestamento de recursos extraordinários e recursos especiais com idêntica fundamentação de direito*, quando houver multiplicidade de recursos, tanto pelo presidente do tribunal responsável pela prévia análise destes remédios quanto pelo relator natural, com a finalidade de se evitar potenciais decisões conflitantes, tendo em conta que o julgamento do paradigma lastreará seus efeitos sobre as causas similares (CPC, arts. 543-B e 543-C, incluídos pelas Leis 11.418/06 e 11.672/08);

h) O relator não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer *repercussão geral*, ou seja, quando a matéria que se

discutida não for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, de modo que deve ultrapassar os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, incluído pela Lei 11.418/06);

i) O Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar *súmula vinculantes*, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão 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 (CRFB, art. 103-A, § 1º, incluído pela Emenda Constitucional 45/04).

j) Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a *reclamação* para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (CRFB, art. 102, I, “1”). Ainda, os artigos 13 a 18 da Lei 8.038/90 regulam o procedimento da reclamação constitucional. Por fim, no âmbito administrativo, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal trata do assunto entre os artigos 156 e 162.

k) Outra novidade instrumental surge com o projeto do novo Código de Processo Civil. Trata-se da instauração do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 930 a 941) a permitir que o juiz (ou relator), de ofício, ou as partes, a defensoria e o ministério público, por petição, busquem a instauração do aludido incidente a fim de pacificar controvérsia que tenha o potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica. Visa o aludido incidente dar maior agilidade aos processos em geral, tendo em conta que a tese jurídica, uma vez acolhida e decidida, será aplicada a todos os processos que versem sobre igual questão. Neste sentido, o projeto determina que os tribunais promovam a formação e atualização de um banco eletrônico, a fim de dar divulgação e publicidade à sociedade e aos operadores do direito.

Diante de todo o exposto, parte da doutrina passou a defender a existência de uma nova fase evolutiva da ciência processual, intitulando-a de *neoprocessualismo* – o direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo. A seguir é possível pontuar as *principais características do neoprocessualismo* (HERZL, 2013):

a) *Constante evolução do direito processual civil*: a historicidade deste permite a coexistência do momento atual com as conquistas anteriores (cientificidade e instrumentalidade) e futuras;

b) *Intensa constitucionalização do direito processual civil*: existe a tendência de multiplicação de princípios constitucionais processuais, a fim de permitir ao julgador a modulação da intensidade de diferentes axiomas processuais em aparente conflito à luz de um caso em concreto, por meio da técnica de ponderação de valores.

c) *Ampliação do conceito de processo*: o processo consiste em um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais. Logo, é possível que exista processo dentro e fora da jurisdição, tornando possível a aplicação dos princípios constitucionais processuais na arbitragem e no processo administrativo.

d) *Prevalência dos princípios*: o direito processual civil deve ser criado, interpretado e aplicado a partir dos princípios que emanam da Constituição, sob pena violação ao pacto político fundamental. Os princípios tornam-se o elo que unem o processo civil à Constituição.

e) *Processo civil como um espaço democrático e de preservação de conquistas sociais*: mais que um mero instrumento de obtenção de tutela jurisdicional, o processo civil (dentro ou fora da jurisdição) transforma-se em um meio permanente e indispensável ao exercício da cidadania, exigindo maior capacidade ética na aplicação de seus institutos.

f) *Expansão da criatividade judicial*: o processo deve ser um meio de expansão da interpretação e criatividade judicial para a conservação e concretização de direitos fundamentais quando a lei não for bastante para cumprir sua função social.

g) *Centralização do estudo, criação e aplicação de institutos que pautem pela efetividade do processo*: diante da eminente *crise de credibilidade* do sistema processual, resta a necessidade de *centralizar o estudo do processo dos institutos processuais na efetividade* que produzem, tendo-se por base o binômio segurança-celeridade.

h) *Aproximação entre “civil law” e “common law”*: o desenvolvimento de técnicas de filtragem às instâncias superiores e técnicas de vinculação às decisões judiciais, no Brasil, aproximam os dois sistemas, revelando a tendência de objetivação do processo por meio da *transcendência jurisprudencial*.

Todavia, a amplitude dos poderes judiciais potencializou a subjetividade do julgador, muitas vezes escondida por detrás dos princípios do livre convencimento ou da busca pela verdade real.

Lenio Streck (2013, p. 107) enfatiza que *decidir não é sinônimo de escolher*. E a razão é muito simples: a escolha sempre será parcial. O termo técnico para as escolhas de juiz chama-se discricionariedade. Aí reside o *solipsismo* judicial (STRECK, 2011, p. 517). O juiz solipsista acredita que as razões de decidir estão fundadas em suas experiências interiores e

personais, sem conseguir estabelecer uma relação entre seu ser interior e o conhecimento para além de si mesmo. E, diante da discricionariedade, corre-se um grande risco de que haja arbitrariedade. A arbitrariedade é a *prima malvada* da discricionariedade.

Por outro lado, a busca pela *resposta mais adequada à Constituição* – aqui, trata-se de uma metáfora, por não é a única, tampouco a melhor resposta – tem a virtude de obstar a ocorrência de decisões *ad hoc*. Melhor explica-se: se de um lado *não cabe ao juiz fazer correções morais em leis defeituosas*, por outro viés não deve ser um escravo da lei que viola a Constituição. Não. Definitivamente não. Seria um retorno ao positivismo exegético. Daí o importante papel a ser exercido pelo Poder Judiciário: ao se falar em jurisdição constitucional, atos irresponsáveis, oportunistas ou de mera conveniência do legislativo devem ser reprimidos por juízes e Tribunais, por meio de decisões que contenham uma razoável fundamentação da fundamentação, sempre tendo como norte a Norma Constitucional.

6 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Várias teorias foram construídas durante a segunda metade do século XX, buscando estudar a normatividade no Direito e a relação estabelecida entre as regras e os princípios. No âmbito internacional, este trabalho priorizará os elementos essenciais da obra de Friedrich Müller, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Em sua *teoria estruturante do Direito*, Friedrich Müller (2008) distingue o texto e a norma. A norma surge da interpretação de um texto, gerando *normatividade*. O Direito se faz presente, sob o aspecto de sua validade, por meio de um texto. Todavia, este é apenas o ponto de partida, a parte exposta do *iceberg* interpretativo, por meio do qual a vivência empírica permite extrair a norma por detrás do texto. Neste sentido, o Direito pode ser visto como um processo de compreensão, concretizando-se no momento de sua aplicação.

Para Müller, a racionalidade e a possibilidade da interpretação verdadeira encontram lastro por intermédio de uma árdua análise e delimitação no âmbito de cada norma. Após a investigação do alcance da norma, simplesmente não há espaço para colisões, simplesmente porque se descarta a norma não aplicável diante de um caso em concreto.

Logo, sem colisão não há razão para o sopesamento. A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão seu âmbito normativo. Assim, se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão entre honra e privacidade, de um lado, e liberdade de expressão, de outro. Isso porque a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não

faz parte do suporte fático da liberdade de expressão. O suporte fático de cada direito é bastante restrito (SILVA, 2010, p. 137-138).

Robert Alexy (2011), por sua vez, buscou distinguir claramente normas, princípios e regras. Norma deve ser entendida no sentido de enunciado normativo, ou seja, a maneira como as normas são linguisticamente expressadas. Logo, os enunciados normativos podem ser *normas-princípios* ou *normas-regras*. Como se verá, a diferença entre estas não é quantitativa, mas sim qualitativa.

Para Alexy, normas-princípios são verdadeiros *mandatos de otimização*, com elevado grau de abstração e generalidade, com diferentes graus de força normativa a depender da análise de um caso em concreto. Os conflitos entre princípios são apenas aparentes e se resolvem por meio da técnica da *ponderação de valores* (princípio da proporcionalidade): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade). Não existe hierarquia entre princípios, ou seja, não existem abstratamente princípios mais ou menos importantes, porquanto a preponderância de um sobre o outro dependerá da análise fática, circunstancial.

Por outro lado, as normas-regras traduzem-se, geralmente, nos enunciados legais. Podem ser cumpridas ou não. Por isso, os conflitos entre regras se resolvem no âmbito de validade: uma exclui a outra. Para tal, existem critérios para determinar qual norma se sobrepõe à outra: critério hierárquico, critério cronológico e critério da especialidade.

Impende ressaltar que as normas-regras veiculam, em si, normas-princípios. Em um sistema predominantemente legalista, é tendência que os direitos fundamentais sejam cada vez mais positivados, muitas vezes esboçados na forma de normas-princípios, a fim de retirar-lhes a máxima carga de efetividade.

Neste ponto, vale mencionar a interessante observação de Virgílio Afonso da Silva no tocante à *manifesta incompatibilidade entre as teorias de Müller e Alexy*, porquanto partem de pressupostos completamente diferentes. Ressalta que, para Müller, o âmbito de proteção da norma é feito de antemão, por meio dos procedimentos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento, ao passo que para Alexy não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.

[...] As explicações não somente são simplificadas, como também exploram apenas um dos pontos incompatíveis entre as teorias de Müller e de Alexy. Outros poderiam ser citados. O principal deles, por estar na base de ambas as teorias, é o conceito de norma jurídica. Alexy parte de um conceito semântico de “norma”, que para Müller não é mais que o início do procedimento de concretização normativo. Assim, aquilo que para Alexy é a

norma, para Müller é apenas o que ele chama de programa da norma. Não há como se aprofundar nessa discussão, aqui; mas é fácil notar que o elemento central na teoria de Müller – o âmbito da norma – não tem espaço na teoria de Alexy (SILVA, 2010, p. 138-139, nota 75).

De acordo com Ronald Dworkin (2010, p. 35-46), *a diferença entre regras e princípios é de ordem lógica*. As regras seguem a lógica do tudo ou nada. Já os princípios entram em conflito e interagem uns com os outros, de maneira que cada princípio relevante para um problema jurídico específico fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não o condiciona: o juiz deve avaliar todos estes princípios, inicialmente conflitantes e antagônicos, para tomar sua decisão. Um princípio, diferentemente das regras, não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mas sim pode conduzir o argumento julgador em uma determinada direção, em face das peculiaridades de um caso em particular. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que o princípio ilustra uma regra particular.

Dworkin classifica os princípios como sendo de duas espécies: *principles* (princípios em sentido estrito), que tutelam os direitos individuais, e as *policies* (diretrizes políticas), que orientam a implementação de objetivos da coletividade. Os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico. Permitem ao juiz (*Hércules*), diante dos casos difíceis (*hard cases*), construir decisões justificáveis do ponto de vista constitucional e legal.

A doutrina brasileira (neo)constitucional, talvez, tenha em Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2010, p. 271-316) seus maiores expoentes. Defendem os autores que a *nova interpretação constitucional* assenta-se em princípios, entendidos como cláusulas abertas aos sabores valorativos mais variados, não se prestando ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. Todavia, não negam a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas.

Assim, Barroso e Barcellos *distinguem princípios e regras* por intermédio de três critérios: a) *quanto ao conteúdo*: princípios identificam valores a serem preservados (isonomia, moralidade, eficiência, etc.) ou fins a serem alcançados (justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais, etc.); as regras se limitam a traçar condutas: os valores ou fins já foram delimitados pelo legislador, não cabendo tal escolha ao intérprete; b) *quanto à estrutura*: a regra especifica os atos que devem ser praticados, de onde decorre seu caráter abstrato e geral; os princípios não conseguem abarcar as hipóteses de sua aplicação, ingressando em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à opção filosófica ou ideológica do intérprete; c) *quanto o modo de aplicação*: as regras são proposições normativas que funcionam sob a

forma do tudo-ou-nada; os princípios, por indicarem uma maior carga valorativa, podem estar em rota de colisão: os antagonismos são inevitáveis e fazem parte da lógica do sistema; neste caso, o intérprete deve fazer escolhas, por meio da ponderação de valores.

Os referidos autores enfatizam que a *ponderação* consiste em uma *técnica de decisão judicial aplicável aos casos difíceis*, consistindo de três etapas: a) *primeira etapa*: cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando se há conflito entre elas; b) *segunda etapa*: examinam-se os fatos, as circunstâncias do caso em concreto e a sua interação com os elementos normativos; c) *terceira etapa*: analisando as normas aplicáveis em conjunto com as circunstâncias fáticas, o intérprete deve atribuir pesos aos elementos em disputa, fazendo emergir um grupo de normas que se preponderam sobre as demais.

Ainda, reconhecem que a ponderação envolve avaliações de caráter subjetivo, que podem variar em razão das circunstâncias pessoais do intérprete, dando lugar à ampla discricionariedade judicial. Todavia, entendem que o risco desta disfunção não a desmerece como técnica de decisão e que a discricionariedade restará limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não seja capaz de prover uma solução em tese.

Por fim, Barroso e Barcellos aduzem que o controle de legitimidade das decisões obtidas ocorre em face de uma densa *argumentação jurídica*, não existindo apenas uma solução correta, mas sim a opção por aquela capaz de apresentar a fundamentação racional mais consistente. Como verificar que uma argumentação é melhor que a outra? Defendem que a argumentação jurídica pode ser sistematizada por três parâmetros de controle: a) devem ser *apresentados fundamentos normativos* que apóiem a decisão tomada, não bastando o sentimento de justiça pessoal e o bom senso, por meio da demonstração lógica e adequada do raciocínio que levou; b) verificar a *possibilidade de universalização dos critérios utilizados* para a tomada de decisão: espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso em concreto possam ser transformados em regras gerais para situações semelhantes; c) diante das várias soluções plausíveis, deverá constatar *se o caminho percorrido está de acordo com os princípios de interpretação constitucional*.

Humberto Ávila, por sua vez, tem tentado demonstrar a proximidade da estrutura normativa dos princípios e das regras, de modo que, também, seria possível falar-se em *ponderação de regras à luz de um caso em concreto*. Assinala que a *técnica da ponderação* pode ser utilizada quando regras – inicialmente válidas e compatíveis no plano abstrato – passam a entrar em conflito diante de uma situação em concreto. Assim, no plano abstrato resolve-se o choque entre regras incompatíveis por meio da validade: uma regra excluindo a

outra. Todavia, assevera ser possível que à luz de um caso em concreto as regras entrem em conflito sem que percam a sua validade, de modo que este conflito real só poderá ser solucionado atribuindo-se peso maior a uma delas.

Primeiro exemplo: uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios possíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre a sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios. Esses casos também indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões. Segundo exemplo: uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/97). Essa regra proíbe ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei 9.908/1993 do Estado do Rio Grande de Sul) [...] O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder público às suas receitas. Independentemente da solução a ser dada – cuja análise é ora impertinente –, trata-se de um conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo (ÁVILA, 2011, p. 58-59).

Já Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 23-51) defende que o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. O autor admite a possibilidade de ponderação de princípios não só na relação Estado-cidadão, mas também nas relações entre particulares, o que denomina de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

7 OS PRINCÍPIOS E A OBTENÇÃO DA RESPOSTA MAIS ADEQUADA

Lenio Streck (2011, p. 56-57) afirma existirem duas maneiras de lidar com a questão dos princípios nesta quadra da história. A primeira maneira adota a *tese da continuidade*, em que os princípios são entendidos como uma *forma sofisticada de princípios gerais do direito*, agora recheados de predicados morais. Trata-se de enxergar nos princípios uma porta aberta para a importação de valores ao Direito, como se fossem um salvo-conduto à liberdade e criatividade do intérprete na aplicação do direito, levando à discricionariedade, ativismos e

solipsismos judiciais. Para os (neo)positivistas, os princípios não possuiriam em si força normativa, mas sim mais um *caráter performático*, como *capas de sentido* a serem utilizadas na resolução de casos difíceis.

A segunda maneira, proposta por Streck, relaciona-se à *tese da descontinuidade*, no sentido de que os princípios constitucionais *introduzem o mundo prático no Direito*, na medida em que produzem um *fechamento interpretativo*. Os princípios são vivenciados pela comunidade política e espelham a tradição jurídica de uma dada sociedade. Daí decorre sua *natureza deontológica*, no sentido de normas de conduta moral de observância obrigatória.

Consoante o aludido autor, *atrás de cada regra há um princípio* que a norteia (STRECK, 2011, p. 66-67 e 177), de modo que não é possível a colisão entre regras e princípios, pela simples razão de que jamais a regra poderá prevalecer em face de um princípio. Admitir que uma regra pudesse prevalecer em face de um princípio equivaleria a um retorno ao positivismo exegético. Melhor dizendo: princípios e regras andam colados uns aos outros.

Para facilitar a compreensão, imaginemos a seguinte metáfora: a regra é como se fosse o “corpo” do direito, ao passo que o princípio seria a sua “alma”. Um princípio sem regra padeceria de normatividade, do mesmo modo que uma alma depende do corpo para representar sua vontade. Por outro lado, uma regra sem um princípio assemelhar-se-ia a um *walking dead*, um corpo sem alma, a vagar pelo mundo sem nenhum sentido ou propósito.

Ora, a diferença entre a regra (positivista) e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo –, o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre o texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para compreensão do fenômeno) (STRECK, 2011, p. 434).

Ainda, impende ressaltar que os princípios proporcionam uma espécie de *blindagem* à discricionariedade judicial, porquanto têm a finalidade de *impedir múltiplas respostas*. Por isso, Streck (2011, p. 221) aduz ser falaciosa a afirmação de que os princípios sejam *mandatos de otimização* (cláusulas abertas) ao passo que as regras limitam-se a traduzir especificidades, pois estaríamos dando um *cheque assinado e em branco* nas mãos dos juízes, permitindo a atuação de sua livre subjetividade (o que, entre nós, não se afigura nada democrático).

Assim, a “era dos princípios não é – de modo algum – um “plus” axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em superjuiz que vai descobrir os “valores ocultos” no texto, agora “auxiliado/liberado” pelos princípios. Nesse sentido, é importante referir que alguns defensores das teorias discursivas não se dão conta dessa problemática relacionada à “abertura” proporcionada pelos princípios e sua

consequência no plano da hermenêutica jurídica [...] (STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518).

Mais que isso, os princípios constitucionais possuem profundo enraizamento fenomenológico, porquanto têm a aptidão de atribuir à regra o alcance do seu real significado. É por meio dos princípios que se torna possível obter respostas mais adequadas, ligadas ao mundo da compreensão e não da mera argumentação-fundamentação.

Os princípios representam a tentativa de resgate de um mundo prático alienado pelo positivismo. As regras, por sua vez, correspondem a uma técnica para concretização dos direitos. As regras são o meio, o fio condutor, por onde trafegam os princípios para a realização dos direitos.

Com efeito, ao contrário do que se diz na tese da distinção enunciativa sobre a “abertura semântica dos princípios”, é a regra que “abre a interpretação”, exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica). A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito a inúmeras possibilidades. A regra “matar alguém” não diz respeito a um homicídio, mas, sim, de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem. É nesse sentido que o princípio individualiza a “applicatio”. O direito não cabe na regra, assim como as inúmeras hipóteses de aplicação do art. 97 da CF não cabem na súmula vinculante nº 10; tampouco os casos do uso abusivo de algemas cabem na súmula vinculante nº 11. Do mesmo modo, as inúmeras hipóteses de legítima defesa não cabem no enunciado jurisprudencial “legítima defesa não se mede milimetricamente”. Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (*Bedeutsamkeit*) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios (STRECK, 2011, p. 113).

Assim como não há separação entre direito e moral, pois se presume que todo direito deve ser moral (para ser direito), é nos princípios que a moral se institucionaliza, tornando-se normativa. Nesta perspectiva, é por intermédio dos princípios que *a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar cooriginária ao (e com o) direito* (STRECK, 2013, 227).

Para a *hermenêutica filosófica* proposta por Lenio Streck, o *princípio da proporcionalidade* não se trata de um *metaprincípio*, representado por uma balança na qual são sopesados princípios ou regras em (aparente) colisão. Ao contrário, o princípio da proporcionalidade não passa de uma *metáfora*, um modo de explicar que cada interpretação deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito a fim de evitar interpretações discricionárias, arbitrárias e solipsistas. Tão-menos a proporcionalidade pode ser confundida com equidade ou bom senso. *Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade da decisão* (STRECK, 2011, p. 240). Neste contexto,

mais grave que admitir a possibilidade de ponderação de princípios seria imaginar a possibilidade de ponderação entre regras, ou, ainda, entre regras e princípios.

[...] enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, ou seja, diminuindo, ao revés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete (STRECK, 2011, p. 235).

Lenio Streck alerta que vivenciamos a *era dos princípios constitucionais*, onde parcela considerável dos juristas optou por considerá-los corolários dos *princípios gerais do direito*. Neste sentido – princípio como enunciação e positivação de valores –, um sem número de princípios foram e serão criados para tentar resolver os casos difíceis.

Logo, se estamos diante de um valor e queremos aplicá-lo no mundo jurídico, basta criarmos um princípio que o representa. *Bingo!* Uma vez principializado o valor, mesmo sem regra que lhe dê guarida, o (neo)constitucionalista aplicaria o novel princípio (além de *chique*, chamar um valor de princípio confere a ele uma *falsa normatividade*).

E, assim, os princípios foram se multiplicando, um atrás do outro, coroados com uma ficta normatividade que acaba por servir de *fundamento para motivação performática* do juiz solipsista. Daí falar-se em *panprincipiologismo* – a multiplicação de princípios sem regras –, expressão elaborada por Lenio Streck (2011, p. 517-541), que traz ao lume alguns interessantes exemplos: princípio da felicidade, princípio da simetria constitucional, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da afetividade, princípio da humanidade, princípio da paternidade responsável, princípio da recursividade, princípio da cortesia, dentre outros.

8 CONCLUSÃO

Pelo todo exposto, foi possível constatar que o (neo)constitucionalismo não se trata da superação do positivismo jurídico, porquanto apenas transferiu as vicissitudes de obediência cega do legalismo exegético a uma nova forma de autoritarismo: investir todas as expectativas de um novo constitucionalismo na capacidade do Poder Judiciário de escolher a melhor resposta ao caso em concreto, calcadas somente no poder de convencimento (teorias da argumentação jurídica). Isto se revela antidemocrático e um retorno tardio ao positivismo, agora de enrustido nas decisões judiciais.

Não se trata de uma cruzada contra o Poder Judiciário. Não. Ao contrário. Sua função é essencial ao Estado Democrático de Direito. Contudo, enquanto poder, ao exercer o seu múnus fora dos limites da legalidade, sob o argumento de ponderar direitos fundamentais, pode conduzir a decisões baseadas em *achismos*. Ora, pouco importa o que um juiz ou um Tribunal pensa. Importa revelar, sim, o sentido e o alcance da Constituição, independentemente de subjetividades e valores pessoais.

Ainda hoje, boa parcela dos constitucionalistas acreditam que a hermenêutica constitucional consistiria em um conjunto de métodos e super-princípios, conquanto muitos deles sejam manifestamente incompatíveis entre si (mixagem metodológica). Assim, os (neo)constitucionalistas se viram forçados a arquitetar uma estrutura complexa para tentar resolver um novo paradigma: se antes a lei era o problema, agora, como estabelecer limites às decisões judiciais?

Eis aí o grande paradoxo causado pelo (neo)constitucionalismo: com a ascensão do *terceiro gigante* e o aumento dos poderes processuais dos juízes sob o argumento de maior efetividade dos direitos fundamentais, o próprio sistema processual vê-se forçado a vincular as decisões judiciais, por meios de instrumentos de objetivação do processo. Melhor dizendo: o sistema se deu conta do problema da discricionariedade, mas ao invés de investir suas fichas na construção de uma nova teoria da decisão, regride historicamente, promovendo um retorno ao positivismo, por meios de instrumentos processuais que pautam pela vinculação à vontade dos Tribunais.

Neste contexto, o direito torna-se cada vez mais frágil, diante da multiplicação de princípios sem nenhuma normatividade (*panprincipiologismo*). E a *técnica* da ponderação, exatamente por ser imprecisa, só serve para atear mais lenha na fogueira da subjetividade. A proporcionalidade transformou-se no combustível da discricionariedade, em que *heróis de toga* – mesmo que muito bem intencionados – acabam por incorrer em ativismo e solepsismo judicial, por meio de decisões performáticas.

Aqui reside a importância dos princípios: exercem uma função de fechamento interpretativo. Os princípios constitucionais, quando levados a sério, reduzem a margem de discricionariedade judicial, orientando o intérprete na obtenção da resposta mais adequada à constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

- _____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 13 de janeiro de 2012.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** In: Interpretação constitucional. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271-316.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- _____. **Juízes legisladores?** Trad. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: unanálisis metateórico.** In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s).* 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 75-98.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição.** Florianópolis: Conceito, 2013.
- HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 14. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1970.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** São Paulo: RT, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.** In: *Interpretação constitucional.* 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Revista de Direito do estado 4 (2006): 23-51.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, LenioLuiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.