NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO E A INSEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS CAUSADA PELO INEXATO JUÍZO DE PONDERAÇÃO

NEW CONSTITUTIONALISM AND NEW PROCESSUALISM AND INSECURITY LEGAL PRIVATE RELATIONS CAUSED BY JUDGMENT OF WEIGHTING

Teófilo Marcelo Leão Arêa Júnior¹

Gabriel Scudeller²

RESUMO

No passado, as relações privadas, dotadas de autonomia, independiam de intervenção pública. Atualmente, no entanto, sensível a reforma jurídica para a solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário, à medida que passou o magistrado a exercer o juízo de ponderação entre os princípios e normas, com a aplicação do direito positivo segundo o escopo a que se destina. Tal fenômeno, conhecido como constitucionalização do direito, que se apresenta tanto no ramo material – Neoconstitucionalismo – como no processual – Neoprocessualismo – firma-se na Constituição a fim de satisfazer as relações existentes entre os particulares, aspira à maior efetivação da justiça nas relações, efeito benfazejo para a minimização de desigualdades presentes por fatores econômicos, históricos e culturais. Mas, a constitucionalização do direito pode traduzir numa certa insegurança jurídica nas soluções dos litígios, diante da subjetividade do magistrado. Tal situação, se e quando inexato o juízo de ponderação, paradoxalmente, gera injustiça e reflexos graves na ordem econômica e social.

ABSTRACT

In the past, private relationships, enjoy autonomy, were independent public intervention. Currently, however, sensitive legal reform to solve the conflicts brought to the courts, as the magistrate has to exercise judgment in weighing the principles and standards, with the application of positive law according to the scope of the intended . This phenomenon, known as constitutionalization of the right, which appears both in material branch – New Constitutionalism - as in procedural – New Procedural - name in the Constitution in order to satisfy the relationships between individuals, aspires to greater realization of justice in relations, beneficent effect to minimize inequalities present economic factors, historical and cultural. But, constitutionalization of law can result in a degree of uncertainty in the solution of disputes, given the subjectivity of the magistrate. Such a situation, if and when inaccurate judgment weighting, paradoxically, generates injustice and serious reflections on the economic and social order.

PALAVRAS-CHAVE: Neoprocessualismo, Neoconstitucionalismo; Relações Privadas

KEYWORDS: New Processualism, New constitutionalism; Private Relations

INTRODUÇÃO

Atualmente, todos os ramos do direito estão em completa harmonia com a Constituição Federal, uma vez que sofrem a influência da constitucionalização do Direito, fenômeno amplamente aplicado e difundido nas decisões jurídicas hodiernas. Com a derrocada do positivismo puro (âmbito em que o juiz, sem atender aos anseios sociais e humanos relativos à causa que se lhe apresentava, era a boca da lei). Surgiram, pois, movimentos pós-positivistas, na tentativa de extirpar as fragilidades

¹ Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Líder do Grupo de Pesquisa DIFUSO (Direitos Fundamentais Sociais), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

² Graduando do Quinto Ano do Curso de Direito do UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), estagiário do Escritório de Assistência Jurídica e membro do Grupo de Pesquisa DIFUSO (Direitos Fundamentais Sociais) da mesma Instituição.

(concretude da norma) do movimento anterior, ampliando-se, portanto, as regras de hermenêutica jurídica.

Procurou-se afastar a ideia de que Direito e Moral não se interligavam. Misturaram-se ambos com o intuito axiológico de dar-se preferência a valores éticos. Assim, o intuito dos movimentos pós-positivistas era o de ampliar as competências dos operadores da norma em si, buscando atingir finalidade mais justa. Com isso, as questões jurídicas a serem decididas se pautaram em normas principiológicas e regramentos, na tentativa de buscar a efetividade jurídica com o intuito de justiça e paz social.

Dentre os movimentos pós-positivistas, destacam-se o Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo. Refere-se o primeiro ao direito material; o segundo, ao processual. Tais movimentos sustentam o ideário de juízo de ponderações a ser realizado no caso concreto para aplicar o Direito ao fato social, impelido de axiologia – e não gélido como a letra da lei por si só traduzia – cuja finalidade é melhor adequar o *juris dictum* à pretensão subjetiva.

Sublinhe-se que a norma principiológica porta conteúdo mais flexível e amplo do que o da norma enquanto regra, por ser esta concretizada no tempo, não sofrer variação na aplicabilidade e conter carga valorativa restritiva. Desse modo, à luz dos movimentos pós positivistas, aplica-se o Direito ao caso concreto fundamentado na ponderação dos princípios, em complemento ao dispositivo normativo fundado na regra, com o intuito de se alcançar a substância da lei, ou seja, a finalidade a que se propõe, em respeito aos ensinamentos da escola teleológica de hermenêutica jurídica.

Ocorre, porém, que, em que pese a carga valorativa dos princípios ser aparentemente mais justa em confronto à regra abstrata do positivismo, surge um problema a desafiar a capacidade de solução, tal seja, a insegurança jurídica. É que a cada ponderação de princípios vem à tona algo para ser resolvido por um novo juízo de valor distinto por quem põe sua subjetividade à mercê da interpretação da norma. Tal posicionamento reluz com maior intensidade nas questões privadas, seara na qual as partes se encontram com a Autonomia de Vontades mitigada pela necessidade de cumprimento de valores sociais, tais como a Função Social e a Boa-fé Objetiva, enfim, a intervenção pública preponderante no direito privado.

A problemática é gerada se e quando há essa intervenção, da qual não se produz a necessária segurança jurídica que deveria imperar nas jurisdições, bem ao contrário, ocasiona desconforto jurídico numa trajetória no sentido oposto à Justiça e Paz Social.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado passou a intervir nos direitos privados, por meio do denominado fenômeno da publicização do Direito Civil, com a edição de normas coativas. Irrompeu o Estado Social, com limitações aos poderes político e econômico, revelando valores de justiça social. (BARROSO, 2.006). Acrescenta Lobo que a “publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do

Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos.” (2.006).

Avançou, recentemente, por meio da constitucionalização do Direito, consistente na centralização concentrada dos pontos norteadores inseridos na Constituição, a qual repercutiu na transformação axiológica do Direito Privado. Diverge da publicização à medida que nesta houve intervenção Estatal por meio do legislador, em leis infraconstitucionais e, naquela, alterou-se o parâmetro central de todo o ordenamento jurídico voltado para o corpo constitucional. Daí passou-se a falar em direito civil constitucional.

O novo constitucionalismo, denominado Neoconstitucionalismo, tem as características de normatividade, centralidade e superioridade da Constituição sobre o ordenamento jurídico. Os demais ramos do Direito devem ser interpretados à luz do texto Constitucional, valores deste e, especialmente, em destaque o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (BARCELLOS, 2.006). Evidencia-se, desse modo, o complemento axiológico voltado ao texto constitucional: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como o principal mote para proteção social, previsto na CF/88.

Ressalta Tepedino que “(...) o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica.” (2.006, p.42).

Do ponto de vista do Neoprocessualismo, o entendimento é o mesmo, já que a legislação processual, antes por si mesma suficiente, sem se fazer necessariamente presente o direito constitucional, bastava para a solução dos litígios. Segundo Diddier Júnior, o termo Neoprocessualismo tem função didática por remeter ao termo Neoconstitucionalismo, sendo útil para caracterização dos principais aspectos metodológicos do estudo sobre o direito processual (2.010).

Ocorre que a constitucionalização do Direito processual também se fez necessária, por decorrência dos princípios da Celeridade, do Acesso à Justiça, Duração Razoável do Processo, Instrumentalidade, Tutela dos Interesses Coletivos e Difusos e da Universalização. Gonçalves ressalta que grande parte dos princípios norteadores do Direito Processual encontra-se na Constituição Federal e, portanto, suas normas deverão ser interpretadas de acordo com o texto Magno, alcançando-se a permissão para tratar o assunto como direito processual constitucional (2.011).

Isso se dá pela necessidade de efetivação processual que se inter-relaciona com os demais princípios supracitados, o que faz legitimar o conhecido brocardo jurídico de que o processo não é, nem poderá ser, um fim em si mesmo, mas sim servir de finalidade a uma necessidade imperiosa subjetiva. Por tal ponto de vista, destaca-se que com a constitucionalização do Direito houve a ratificação da fonte mais importante para o julgamento, qual seja, a Constituição, configurando o norte do magistrado para a solução dos conflitos existentes no direito privado (SARLET, 2.006).

A marca do constitucionalismo, tanto no aspecto material como no processual, é a presença da valoração dos princípios, resgate de questões axiológicas que as regras são incapazes de alcançar, vez

que se sustentavam sobre a tradição (STRECK, 2.006). Segundo Alexy, a constitucionalização do direito, pautada nos princípios com cargas valorativas amplas, agrupada a Moral ao Direito, construindo a submissão das relações privadas às normas principiológicas. Daí, atender ao intuito da norma, é alcançar o princípio inerente a ela, através do método da ponderação (2.002).

É dizer, enquanto as regras se excluem, os princípios não se excluem, mas se ponderam, sobrepondo-se um ao outro em determinado caso, mas jamais tendo o condão de determinar o extermínio do sobreposto, apenas por ser um mais adequado ao caso em comento do que o outro, ou seja, mais justo (DANTAS, 2.006). Ocorre que, para que haja a correta interpretação do caso diante da subsunção dele à norma, o “constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada.” (STRECK, 2.006).

Porém, a problemática se dá no tocante ao juízo de ponderações que se faz acerca da matéria que, muitas vezes, não respeitadas as finalidades de ambas as partes, se sobrepondo a institutos jurídicos consolidados, gerando uma vaga justiça, de um lado, mas a certeza de graves danos, de outro. Tem-se claro, apenas como exemplo, a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica nos casos da justiça consumerista e trabalhista, onde se sobrepõem a requisitos legais para se atingir os anseios da parte vulnerável, prejudicando a parte contrária. Assim, o que era para alcançar o justo, equilibrando as partes, acaba se tornando injusto, causando grave desproporção na análise específica de cada caso concreto.

Relata Perlingieri que “o juiz, ao julgar um caso, deve levar em conta todas as possíveis circunstâncias de fato que o caracterizam (...) dando-lhe resposta conforme o ordenamento visto em uma perspectiva unitária”. Impõe destacar, também, que o magistrado está sujeito ao princípio da legalidade, em contrapartida à discricionariedade com que muitas vezes atua. Neste sentido, trata-se de legalidade social a ser adequada ao caso em análise, a fim de evitar o desrespeito aos Poderes Legislativo e Executivo. (2.002, p. 42/43).

Não pode o Judiciário apoderar-se da Constituição, com desrespeito ao Estado Democrático de Direito, de vez que o juízo de ponderação dos princípios, ponto marcante da constitucionalização do Direito – Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo –, deverá ser feito com estrita observância do equilíbrio entre as partes, bem como agir em busca do alcance prévio do sentido da norma, devendo o resultado ser uniforme a todos, dentro dos limites justos e necessários à aplicação do Direito, evitando-se, assim, a ditadura do Judiciário.

CONCLUSÃO

Em atenção ao que fora dito, evidente que a constitucionalização do Direito trouxe um aspecto mais justo nas decisões judiciais, diante da carga valorativa que se apresenta nos princípios do texto constitucional. Dessa forma, movimentos como o Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo são

reformadores das decisões jurídicas, dando ao magistrado o poder – dever – e a faculdade de ponderação dos princípios constitucionais à luz do caso em testilha.

O problema da constitucionalização do Direito é a insegurança jurídica que pode surgir – e surge – vez que a ponderação dos princípios se dá de forma subjetiva, e muitas vezes, não atinge o intuito do Direito. Justiças que busquem a igualdade das partes mediante desigualdade entre elas, como a justiça consumerista e a trabalhista, muitas vezes na ânsia de igualdade, acabam por ultrapassar os limites legais de justiça e equilíbrio processual, o que denota da inexatidão da ponderação axiológica nos casos que se apresentam.

Dessa forma, o magistrado deve sempre agir impelido pelo sentimento de Justiça, porém sem jamais se esquecer de que há de se submeter ao cumprimento da legalidade, bem como não se apoderar do texto constitucional, em respeito à Separação dos Poderes, evitando, portanto, a discricionariedade abusiva, primando pela aplicação da substância da norma ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.002.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo**. DIDIER JUNIOR, Freddie e JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). **Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPODIUM, 2010

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 2.011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em 10 de Agosto de 2.013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2.006.

STRECK, Lênio Luiz. **Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico**. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Orgs.) **Olhares hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista**. Ijuí: Unijuí, 2.006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006.