



JULIANA LUSTOSA VAZ SAMPAIO

**O PAPEL DO NEOPROCESSUALISMO NA CONSTRUÇÃO DE UM
NOVO PARADIGMA DE PROCESSO CIVIL: O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUAS RUPTURAS**

SALVADOR-BAHIA
2017

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

JULIANA LUSTOSA VAZ SAMPAIO

**O PAPEL DO NEOPROCESSUALISMO NA CONSTRUÇÃO DE UM
NOVO PARADIGMA DE PROCESSO CIVIL: O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUAS RUPTURAS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito.

SALVADOR-BAHIA
2017

À minha mãe, por tudo que sou e
carrego dentro de mim.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar à Deus, por nunca desistir de mim, mesmo quando eu mesma sequer acreditava; uma das mães que a vida me deu de presente, minha querida tia Bia, presença constante, acolhedora e protetora; à minha querida Paty, pelos risos contagiantes que colorem minha vida; à meu pai, por me ensinar através de atitudes o significado da ética, da honestidade, da competência, do esforço e da força de vontade e por me permitir realizar meus sonhos; à Paloma, por tudo; à minha amada irmã Letícia, melhor amiga, companheira de alma e de jornada, muito mais do que mereço e muito melhor do que sonhei; à minha doce mãe, onde quer que você esteja, saiba que seu amor inspira cada verso que escrevo, cada sorriso que concedo, cada passo que dou na minha caminhada. Mãe amada, o nosso amor é eterno e se renova sempre, mais bonito e colorido, como uma doce primavera.

“O progresso é impossível sem mudança; e aqueles que não conseguem mudar as suas mentes não conseguem mudar nada”.

(George Bernard Shaw)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a fazer uma reconstrução histórica do surgimento do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, perpassando diferentes momentos históricos, desde a Grécia antiga até os dias atuais. Na época do Estado Liberal, em que o Poder Legislativo era máximo, o positivismo despontava como sistema supremo, em que o magistrado deveria apenas ser a boca da lei (*bouche de la loi*), ou seja, não poderia ir além do que exatamente se referia a codificação legal. Ocorre que, o positivismo não era suficiente para atender todas as demandas sociais e resolver todas as complexidades das relações humanas, entrando em crise. A urgência por um ordenamento mais condizente com as peculiaridades humanas, aliada aos horrores da Segunda Guerra Mundial, possibilitou uma ruptura com o ordenamento antecedente e a formação de um novo paradigma: o neoconstitucionalismo. Ao permitir uma maior abertura para a criatividade judicial, solucionando casos concretos complexos, uma maior valorização dos princípios, uma maior autonomia do Poder Judiciário, o neoconstitucionalismo consolidou-se e possibilitou tutelas mais condizentes com os direitos fundamentais. O neoprocessualismo, por sua vez, é fruto do neoconstitucionalismo, trazendo uma nova concepção de processo, especialmente, para o Novo Código de Processo Civil brasileiro, mais comprometido com a dignidade da pessoa humana e sendo alicerçado por uma visão constitucionalista em todo o seu conteúdo.

Palavras-chave: O Direito na história ; Positivismo jurídico; Neoconstitucionalismo; Neoprocessualismo; O Novo Código de Processo Civil e o Neoprocessualismo.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to reconstruct historically the advent of the neoconstitutionalism and neoprocessualism, passing through different historical periods of time, from ancient Greece to the present day. At the time of the liberal state where the power of the legislative branch had no limits, the positivism emerged as a supreme system in which the magistrate should only be "the mouth of the law" (*bouche de la loi*), that is, could not go beyond what was meant by the legal codification. It just so happens that, positivism was not enough to meet all social demands and to solve all complex human relations, and went into a crisis. The need to find an arrangement that was more consistent with human peculiarities coupled with the horrors of World War II, enabled a rupture with the former arrangement and the development of a new paradigm: the neoconstitutionalism. By allowing greater openness to judicial creativity, solving real complex cases, valuing rules, a self-ruling Judiciary Branch, the neoconstitutionalism consolidated and made judicial protection more suitable to the fundamental rights. Neoprocessualism, on the other hand, is an aftermath of the neoconstitutionalism, giving legal process a new concept, especially to the new Brazilian Civil Procedure Code, more committed with the dignity of the human being, grounded on a constitutionalist view in all its content.

Key-words: Law in history, Judicial positivism, neoconstitutionalism, neoprocessualism, The New Civil Procedure Code and neoprocessualism.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | O DIREITO AO LONGO DA HISTÓRIA | 10 |
| 2.1 | O ESTADO MODERNO..... | 12 |
| 2.2 | MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO | 14 |
| 2.2.1 | O modelo inglês..... | 14 |
| 2.2.2 | O modelo francês | 16 |
| 2.2.3 | O modelo norte-americano | 16 |
| 3 | O ESTADO LIBERAL | 18 |
| 3.1 | O POSITIVISMO JURÍDICO | 19 |
| 3.2 | A CRISE DO POSITIVISMO | 20 |
| 3.3 | O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL | 21 |
| 4 | A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O NAZISMO | 24 |
| 4.1 | A NOVA GERAÇÃO DE DIREITOS | 25 |
| 4.2 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 27 |
| 5 | NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO | 30 |
| 5.1 | A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS | 33 |
| 5.2 | COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO..... | 35 |
| 6 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO | 39 |
| 6.1 | AS FASES DO PROCESSO E O NEOPROCESSUALISMO | 42 |
| 6.2 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NOVO PROCESSO CIVIL..... | 45 |
| 6.3 | PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL..... | 49 |
| 7 | OS REFLEXOS DO NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | 53 |
| 7.1 | VALORIZAÇÃO DA ATIVIDADE CRIATIVA DO JUDICIÁRIO | 58 |
| 7.2 | O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: CIVIL LAW OU COMMON LAW?..... | 65 |
| 8 | CONCLUSÃO | 71 |
| | REFERÊNCIAS | 73 |

1 INTRODUÇÃO

O Direito reflete as várias transformações ocorridas ao longo das civilizações, pois, como produto cultural relaciona-se com os costumes, os anseios e as mudanças estruturais que ocorrem na sociedade. Dessa forma, o Direito não pode ficar inerte frente às metamorfoses históricas e culturais, devendo amoldar-se aos novos tempos e trazer novas perspectivas. Assim sendo, para compreender os novos contornos jurídicos, é necessário fazer uma revisitação histórica, desde a Antiguidade Clássica, mais precisamente na cidade de Atenas, passando pela Idade Moderna, em que foram analisados os diferentes modelos de constitucionalismo e suas particularidades. No terceiro capítulo propõe-se uma análise do Estado Liberal e seus desdobramentos, assim como da consolidação e posterior crise do positivismo jurídico. Com o declínio do positivismo, surgiu o constitucionalismo social, para responder as angústias e as mais variadas demandas sociais do período.

O quarto capítulo, por sua vez, aborda um momento histórico ímpar na humanidade: a Segunda Guerra Mundial e os horrores do nazismo. As barbáries perpetradas pelo governo nazista, ultrapassando todos os limites da crueldade humana, ocasionaram numa nova geração de direitos, que privilegiava a dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento jurídico. Já o quinto capítulo trata do surgimento e desenvolvimento do neoconstitucionalismo e a diferença com o pós-positivismo, assim como enfatiza a valorização dada aos princípios jurídicos. Ao final do capítulo é abordada a colisão de normas constitucionais e a importância de se utilizar a técnica da ponderação para solução de casos complexos.

No sexto capítulo, é abordado como ocorreu a constitucionalização do direito, com a Constituição desempenhando papel de destaque. Comenta-se, brevemente, as fases pelas quais passou o processo até o surgimento do neoprocessualismo, assim como analisa-se os direitos fundamentais no novo Código de Processo. O último capítulo trata de expor os reflexos advindo do neoprocessualismo no novo CPC, especialmente o aumento da criatividade judicial e a aproximação entre o *civil law* e o *common law* no direito brasileiro. É imperioso, pois, compreender que o neoprocessualismo é fruto dos avanços sociais, de um fortalecimento dos direitos humanos, de uma visão menos legalista e mais

principlológica do ordenamento, de uma leitura hermenêutica constitucional perpassando todos os ramos do ordenamento e, principalmente, do enaltecimento da dignidade da pessoa humana como ponto nuclear do Direito.

Desse modo, o presente trabalho busca reafirmar a importância do neoprocessualismo vindo, pois, para consolidar a ressignificação constitucional dada ao Direito, estabelecendo as bases para um processo civil constitucional¹, através da criação do Novo Código de Processo Civil, consolidando um processo mais centrado nos direitos fundamentais e na valorização da dignidade humana, acima de tudo.

¹ Artigo 1º, CPC/15: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

2 O DIREITO AO LONGO DA HISTÓRIA

Atenas é considerada, historicamente, como um marco importante na limitação do poder político e de participação dos cidadãos, sendo berço da democracia. Ali, se conceberam ideias e institutos que ainda hoje são utilizados, a saber, a existência de um sistema judicial, a separação entre o poder secular e a religião, mas principalmente, a supremacia da lei, válida para todos. As primeiras leis remontam a Draco (620-621 a.C.), mas o início da democracia é atribuído a Sólon(594 a.C.).

O principal órgão de poder era o Conselho, composto de quinhentos membros, que administravam a cidade. Havia, também, as Cortes, com seus júris populares e com um amplo papel político. Atenas foi uma pólis que favorecia e estimulava o surgimento de filósofos, historiadores, autores teatrais, legando um conhecimento cultural e filosófico atemporal.

O mesmo ideal de limitação do poder ateniense foi utilizado pelos romanos, com a implantação da República em 529 a.C., com a Lei das Doze Tábuas. Havia a figura da Assembléia(que elaboravam as leis), os Cônsules(que representavam agentes executivos), o Senado como órgão consultivo e outros altos funcionários(pretores,questores). Com o fim da República, não foi o fim de Roma mas sim do constitucionalismo, que desapareceu do mundo ocidental por mais de mil anos, até o final da Idade Média².

Na Alta Idade Média, a guerra, a rapina, a ocupação de um castelo ou cidade eram formas de garantir a circulação dos bens, sendo o Direito, uma forma de continuar a guerra. Quando alguém, através de força armada ocupava uma terra, iniciava-se uma longa contestação, em que aquele que possui a terra mas não dispõe de força armada deveria efetuar um pagamento se a desejasse de volta. A sociedade feudal se situava, pois, na fronteira entre o belicoso e o judiciário³.

Nas sociedades feudais, a circulação dos bens era feita em forma de rivalidade e contestação, mas não como emblemas de prestígio mas sim de caráter

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.30-32.

³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4 ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 66.

bélico; nessas sociedades a guerra, litígio judiciário e circulação de bens fazem parte de um único grande processo da Idade Média. Há, pois, uma concentração de armas nas mãos dos mais poderosos, que impediam que os menos poderosos tivessem acesso à elas, pois vencer alguém era privá-lo de suas armas. De outra forma, há também as ações e os litígios judiciais que faziam circular os bens, possibilitando compreender como funcionava o sistema da sociedade medieval: os mais poderosos controlavam os litígios judiciais, apossando-se da circulação judiciária e litigiosa dos bens, resultando numa concentração do poder judiciário e das armas nas mãos dos mesmos poderosos de sempre⁴.

Ora, percebe-se claramente que o Direito, no medievo, era um show de marionetes, em que os ricos e poderosos controlavam o sistema e impossibilitavam o acesso a ele pelos menos favorecidos economicamente e socialmente. Naquela época, ser poderoso era ser dono de um arsenal bélico considerável e controlar as ações e os litígios jurídicos para o aumento da concentração de bens em mãos de poucos.

Ainda sobre a Idade Média, esclarece Foucault⁵:

A existência de poder executivo, legislativo e judiciário, é uma ideia aparentemente bastante velha no Direito Constitucional. Na verdade, trata-se de uma ideia recente que data mais ou menos de Montesquieu. O que nos interessa aqui, porém, é ver como se formou algo como um poder judiciário. Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constataste, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político. Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos.

Outro aspecto igualmente interessante sobre a Idade Média, mais precisamente sobre a prática dos inquiridos na Igreja Merovíngia e Carolíngia da Alta Idade Média. A prática essa conhecida como *visitatio* e acontecia de forma tal que o bispo percorria sua diocese, procedendo uma inquirição geral (*inquisitio generalis*) entre os notáveis, os idosos, os sábios, os virtuosos o que havia ocorrido na sua ausência, especialmente se tinha havido algum crime. Caso a resposta do

⁴ FOUCAULT, Michel, 2013, p.66-67.

⁵ Ibidem, p.67.

inquérito fosse positiva, acontecia a inquisição especial (*inquisitio specialis*) que consistia numa espécie de colheita de provas: quem havia feito o quê, qual a natureza do ato, quem sabia do quê, quem era o autor. Após, essa fase, a confissão do culpado podia interromper a inquisição, seja ela geral ou especial. Este modelo religioso e administrativo perdurou até o século XII, já que o Estado começava a surgir ou mesmo a pessoa do soberano como fonte de poder absoluto; no entanto, é esse mesmo modelo que será retomado mais adiante pela figura do procurador do Rei, estabelecendo inquéritos para descobrir quem fez o quê⁶.

2.1 O ESTADO MODERNO

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, já que havia uma pluralidade de agrupamentos sociais cada qual com um ordenamento jurídico próprio, sendo o Direito, portanto, um fenômeno social, produzido pela sociedade civil e não pelo Estado. Com a formação do Estado Moderno, a sociedade assume uma estrutura monista, ou seja, concentra para si todos os poderes, a saber, criar o direito através da lei ou através do controle das normas consuetudinárias. Ocorre o que Bobbio chamou de monopolização da produção jurídica por parte do Estado⁷.

Antes da formação do Estado Moderno, o juiz, ao resolver os litígios, não estava vinculado às decisões legislativas do Estado, mas possuía uma certa liberdade na aplicação de qual norma aplicar, já que o magistrado poderia valer-se dos costumes, ou elaboradas por juristas, ou ainda resolver os casos pelo critério equitativo, segundo princípios da razão natural. Todas estas regras constituíam espécies de “fontes do direito” e estavam elencadas na mesma posição de importância, no mesmo nível, possibilitando aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, cabendo ao juiz aplicar a norma de regras preexistentes na sociedade(direito positivo), assim como de princípios equitativos e de razão(direito natural)⁸.

⁶ FOUCAULT, Michel, 2013, p.72-73.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

⁸ Ibidem, p. 28.

Assim também, afirma Norberto Bobbio⁹:

Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.

Dessa forma, é possível compreender como o constitucionalismo se desenvolveu e consolidou suas bases em todo o ocidente. Segundo Luís Roberto Barroso: “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*)”. Importante salientar que o nome sugere, obrigatoriamente, a existência de uma Constituição, contudo, no Reino Unido, por exemplo, caracterizado pela presença do ideal constitucionalista, apesar de não possuir uma constituição escrita. Por outro lado, tem-se os exemplos de países que possuem constituições escritas, mas não dispõem de um sistema constitucional consolidado, a saber, as ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Isto posto, não é suficiente uma ordem jurídica qualquer, entretanto ela necessita ter legitimidade, adesão voluntária e espontânea de seus destinatários¹⁰.

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação de poder, a saber, limitações materiais, estrutura orgânica exigível e limitações processuais. As limitações materiais seriam os valores básicos e os direitos fundamentais que devem ser sempre preservados, como a justiça, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Há, também, a exigência de uma específica estrutura orgânica, devendo as funções de legislar, administrar e julgar serem executadas por órgãos distintos e independentes, mas que se controlem num sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Por último, existem as limitações processuais, em que os órgãos devem observar o

⁹ BOBBIO, Norberto, 1995, p. 28-29.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.29.

o cumprimento das leis, mas também o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, assim como a razoabilidade¹¹.

Faz-se mister, porém, compreender que não existe um único constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, como leciona Canotilho¹²:

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*.

Isto posto, torna-se imperioso conhecer os diversos modelos de constitucionalismo adotado por cada país e suas especificidades.

2.2 MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO

2.2.1 O modelo inglês

Compreender o modelo inglês de constituição requer uma variedade de conhecimentos históricos, jurídicos, filosóficos e políticos, que, ao longo do tempo, estruturaram a organização do Estado, assim como, no Reino Unido, diferentemente de outros Estados, a constituição é produto de muitos séculos de uma lenta e pacífica evolução¹³. Ao longo do século XVII, três importantes documentos constitucionais foram editados: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, em 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, que asseguraram poderes ao Parlamento e limitação do poder monárquico, assim como mais liberdade aos súditos ingleses.

O epicentro do constitucionalismo inglês é o respeito às tradições constitucionais, mas apesar de não haver Constituição escrita na Inglaterra existem

¹¹ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.29-30.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p.51.

¹³ BARNETT, Hilaire. **Constitutional and Administrative Law**. Fourth Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 2002, p.3. Tradução nossa.

diversos outros documentos constitucionais escritos¹⁴.

É importante salientar, contudo, que foi outorgado por Oliver Cromwell, na Inglaterra, o *Instrument of Government*, em 1653, considerado por muitos como a primeira Constituição escrita, contudo só vigorou por apenas quatro anos¹⁵.

O modelo inglês entende que o Direito Constitucional não provém apenas de textos esparsos, mas também dos costumes e convenções constitucionais, assim como os princípios de *common law* desenvolvidos e aplicados pelos tribunais¹⁶. O modelo inglês é, pois, o melhor exemplo do constitucionalismo histórico, pois tem a garantia de direitos adquiridos expressa no binômio *liberty and property*, a estruturação corporativa dos direitos e a regulação destes direitos e desta estrutura através da Magna Carta¹⁷.

Na Inglaterra há, também, o princípio constitucional da soberania do Parlamento, ou seja, o Poder Legislativo pode editar qualquer norma com qualquer conteúdo sem que nenhum outro órgão possa invalidá-la, ratificando o caráter flexível da Constituição britânica, contudo em matéria de direitos fundamentais, esse modelo vem sendo alterado¹⁸. Com a aprovação do *Human Rights Act*, em 1998, que torna incompatível qualquer lei que viole os direitos humanos presentes nele, abalando, de certa forma, a soberania do Parlamento britânico, assim como a edição recente do *Constitutional Reform Act*, em 2005, criando uma corte constitucional (instalada em 2008¹⁹), retirando o poder da Câmara dos Lordes, antes órgão máximo do Poder Judiciário britânico²⁰. Apesar do constitucionalismo inglês ter tido êxito, nas sociedades atuais, o que prevalece, pois, é o modelo de Constituição escrita.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.75.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003, p.55.

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, op cit., p.75.

¹⁹ Apenas entrou em vigor, todavia, em 1º de outubro de 2009.

²⁰ CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra?: Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis: novel espécie de judicial review? **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, 2007, vol. 62, p.27-28. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/749096/DLFE-45548.pdf/Revista_62_Doutrina_pg_27_a_44.pdf> Acesso em: 03 mai. 2017.

2.2.2 O modelo francês

O marco que deu início ao constitucionalismo moderno francês foi, inegavelmente, a Revolução Francesa, em 1789, pois representou um drástico rompimento com o regime passado, pois o objetivo maior dos revolucionários não era apenas mudar o *Ancien Régime*, mas, sobretudo formar um novo Estado e uma nova concepção de sociedade francesa, baseada nos ideais Iluministas de igualdade, fraternidade e liberdade²¹.

Contrastando com o constitucionalismo inglês, a visão Iluminista acreditava que a Constituição deveria ser escrita e não formada por costumes e tradições, assim como deveria colocar os direitos do homem no epicentro constitucional, ocasionando, assim, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789²².

O constitucionalismo francês supervalorizava o Poder Legislativo em detrimento do Poder Judiciário, ocorrendo um culto a forma legalista, sendo pois, os juízes meros aplicadores de normas elaboradas pelo legislador (juiz *bouche de la loi*), assim como os direitos fundamentais limitavam-se ao exposto nas leis. Apesar de ter sido o modelo constitucional mais influente ao longo do século XIX e XX, o Poder Legislativo vem perdendo força a partir da segunda metade do século XX, pela difusão da jurisdição constitucional²³.

2.2.3 O modelo norte-americano

O contexto histórico em que os Estados Unidos surgiu, a partir de imigrantes que escapavam da perseguição religiosa da Europa e fundaram as Treze Colônias da América do Norte, contribuiu bastante para que a limitação do poder dos governantes e a proteção das minorias fosse imprescindível para fincar as bases do constitucionalismo norte-americano. A constituição americana foi aprovada pela Convenção da Filadélfia em 1787, vigorando até os dias atuais e inovando em diversas frentes, a saber: criou um novo modelo de organização política com o Estado Federal; instituiu o presidencialismo e o sistema de *checks and balances*

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p.76.

²² Idem.

²³ Ibidem, p.77.

(freios e contrapesos) entre os três poderes; além de ser um texto constitucional extremamente sintético, composto apenas de 7 artigos, sofrendo ao longo de 220 anos, apenas 27 emendas²⁴.

A Constituição americana é extremamente difícil de ser modificada formalmente através de emendas, contudo o que garante uma flexibilidade maior ao constitucionalismo norte-americano é o fato de ser um sistema *common law*, sendo, o mesmo, formado por precedentes e tradições acumuladas ao longo do tempo. Esses precedentes permitem adaptações e mudanças, respeitando limites estabelecidos no passado. Uma Constituição do *common law*, como a americana, é uma “*living*” *constitution* que protege os direitos fundamentais das minorias da opinião pública passageira, assim como impede que algum juiz ou qualquer pessoa manipule o sistema nos seus próprios ideais²⁵.

Uma ideia essencial do constitucionalismo norte-americano é a concepção de que a Constituição é norma jurídica e, portanto, pode e deve ser invocada pelo Poder Judiciário na resolução de litígios, mesmo que isso signifique restringir os poderes do Executivo ou do Legislativo. No modelo constitucional estadunidense, a Constituição não representa apenas uma proclamação política, como no constitucionalismo francês, mas um princípio jurídico tutelado judicialmente²⁶.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, p.78.

²⁵ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Oxford University Press, 2010, p.1-3. Tradução nossa.

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p.79.

3 O ESTADO LIBERAL

No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa tinham para si o poder político através do princípio da legalidade, fazendo com que o Executivo e o Judiciário assumissem posições de subordinação, a saber: o Executivo somente poderia atuar se autorizado por lei e estritamente obedecendo seus limites, assim como o Judiciário poderia apenas aplicá-la sem interpretá-la. O Legislativo assumia, pois, uma posição de superioridade em relação aos outros dois poderes, sendo que era o único poder com a incumbência de criar o direito²⁷.

O célebre autor Montesquieu, criador da teoria da separação dos três poderes considerava o poder de julgar terrível entre os homens, pois não estava ligado a certo estado e nem a certa profissão, sendo invisível e nulo²⁸. Entre o Poder Legislativo, Executivo e o Judiciário o poder de julgar é, pois nulo, somente sobrando os outros dois que, por sua vez, necessitam de moderação efetuada pela parte do corpo legislativo composta por nobres²⁹.

O poder Judiciário era tão mal visto e tratado como insignificante por Montesquieu, a ponto de referir-se aos juízes como seres inanimados³⁰:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.

Os juízes, em sua maioria, possuíam uma mentalidade feudal e obtusa, impossibilitando que projetos propostos pelo legislador que pudessem prejudicar o regime feudal fossem adiante. Outro agravante para a mentalidade retrógrada dos magistrados era o fato dos cargos de magistrados serem hereditários, podendo ser comprados e vendidos, constituindo o Poder Judiciário, portanto, um poder elitista, aristocrático e conivente com a manutenção do status quo da sociedade³¹.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2016, p.29.

²⁸ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. 2. tiragem. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 169.

²⁹ Ibidem, p. 172.

³⁰ Ibidem, p. 175.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "Justiça Constitucional". Tradução de Fernando Sá. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 2001, vol.20, p. 268. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71892/40768>> Acesso em: 07 mai. 2017.

O próprio Montesquieu era um conhecedor, por experiência própria, de como funcionava a manutenção da aristocracia jurídica familiar: nascido Charles-Louis de Secondat, o primogênito de uma família de juizes, herdou de seu tio um alto cargo judiciário, aos 27 anos de idade, em 1716, assim como o nome de Montesquieu³².

Os legisladores e os administradores estavam isentos e imunes a qualquer forma de controle por outro órgão, como se percebe claramente pela Lei Revolucionária de 1790³³:

Título II, Art.10: os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução de decisões do poder legislativo; Título II, Art.12: (os tribunais judiciários) reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei; Título II, Art.12: as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juizes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções”.

Apesar da teoria da separação dos três poderes de Montesquieu ser uma forma de coibir a tirania, contribuiu, por sua vez, com a tirania do legislativo e do executivo³⁴.

3.1 O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico veio para ratificar a supremacia do Poder Legislativo, maximizando a força dos códigos e leis escritas. Acreditou-se ser possível criar uma ciência jurídica tão perfeita e exata a partir dos métodos das ciências naturais, baseando-se na objetividade da observação e experimentação. Ora, se o especialista das ciências naturais poderia realizar seus experimentos com base em determinados procedimentos lógicos e, assim, chegar a conclusões sobre determinada proposição, poderia também o jurista seguir esse mesmo método, para que descobrissem a veracidade de um resultado, como se físicos fossem. A descrição e a observação de uma norma constituem, dessa forma, o ponto fulcral do positivismo jurídico, que pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa

³² CAPPELLETTI, Mauro, 2001 p.269.

³³ Ibidem, p. 272.

³⁴ Idem.

da norma positivada³⁵.

O professor Marinoni leciona sobre o positivismo jurídico³⁶:

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses.

A lei e a jurisdição eram, portanto, neutras, contudo essa mesma falta de conteúdo das leis fez perceber que a igualdade social constituía requisito fundamental para a efetivação da própria liberdade, ou seja, da própria sociedade, fazendo com o que o positivismo jurídico não atendesse totalmente as demandas sociais³⁷.

3.2 A CRISE DO POSITIVISMO

A ideia da lei como algo genérico e abstrato, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, com indivíduos dotados de mesmas necessidades e as aspirações, contudo, a vida em sociedade é muito mais complexa que leis codificadas, com pessoas e classes sociais heterogêneas.

Dessa forma, uma lei genérica ou universal somente seria possível em uma realidade utópica, formada apenas por indivíduos iguais ou, então, em que o Estado ignorasse as múltiplas mazelas que acometiam à população para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa da igualdade formal em detrimento da igualmente material³⁸.

O positivismo não poderia e nunca conseguiria, pois, corresponder a essas expectativas de uma sociedade tão heterogênea, já que a mesma lei valia para todos, sem sopesamentos ou relativizações, apenas aplicado-se a subsunção da lei ao caso concreto, como se todas as leis fossem suficientes e necessárias para dar todas as respostas aos litígios na sociedade.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, 2016, p.34.

³⁶ Ibidem, p.35.

³⁷ Ibidem, p.54.

³⁸ Ibidem, p.53.

Dessa forma, surgiu então o Estado preocupado com as questões sociais para proteger cidadãos menos favorecidos, impulsionando o aparecimento de grupos de pressão, como sindicatos e associações, para fomentar o legislativo à produção de leis diferenciadas para demandas singulares de grupos de cidadãos³⁹.

A lei torna-se, então, epicentro de tensões sociais entre diversos seguimentos, cada qual lutando por melhorias de seus seguimentos, como afirma Gustavo Zagrebelsky⁴⁰:

La ley -- en este punto de su historia-- ya no es la expresión <pacífica> de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, <constitucionales>, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado(en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.

Houve, portanto, uma drástica ruptura com o conceito tradicional de legalidade proposto pelo positivismo jurídico, já que no Estado legislativo o princípio da legalidade ocasionou em redução do direito à lei, contudo após a crise do positivismo, a lei é o resultado da coalizão de vários grupos sociais articulados, tornando-se egoística e nebulosa⁴¹.

Essa nova concepção de direito possibilitou dar uma nova configuração ao princípio da legalidade, pois se antes ele era somente visto sob uma dimensão formal, passou a ter conteúdo substancial, já que requer conformação com a Constituição e com os direitos fundamentais, haja vista a multiplicação e a pressão dos vários grupos sociais⁴².

3.3 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

O Estado Liberal entrou em crise no final do século XIX e início do século XX, com o advento da industrialização que acentuou sobremaneira a exploração humana, entretanto vários grupos sociais se mobilizaram contra os abusos

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, 2016, p.54.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003, p.38. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/25340495/gustavo-zagrebelsky-el-derecho-ductil---ley-derechos-justicia>> Acesso em: 07 mai. 2017.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, 2016, p.56.

⁴² Ibidem, p.57.

perpetrados pelo Estado, como o marxismo, o socialismo utópico, a doutrina social da Igreja Católica, cada qual com sua vertente de pensamento mas convergindo pelo fim da exploração⁴³.

Grupos antes marginalizados se organizaram pressionando o Legislativo para que leis mais heterogêneas fossem elaboradas, rompendo com a hegemonia do Parlamento e democratizando o acesso das mais variadas demandas políticas e sociais⁴⁴.

No início do século XX, por sua vez, o liberalismo econômico entra em crise profunda, gerando desemprego e inadimplência crescentes; os produtos despencavam o preço nos mercados nacional e internacional, comprometendo a estabilidade social, atingindo seu ápice com a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, demandando uma rápida e enérgica resposta estatal⁴⁵.

Esse novo *modus operandi* requisitado pelo Estado foi tratado por Sarmiento⁴⁶:

De mero garantidor das regras que deveriam disciplinar as disputas travadas no mercado, o Estado foi se convertendo num ator significativamente mais importante – algumas vezes até no protagonista – dentro da arena econômica, exercendo diretamente muitas atividades de produção de bens e serviços. O Estado passa a realizar, por exemplo, grandes obras públicas. Os investimentos públicos geram empregos diretos e indiretos, reaquecendo o consumo. Os fornecedores privados voltam a produzir e vender. A partir da indução estatal, reinicia-se um ciclo econômico virtuoso. O constitucionalismo social é comprometido com esse novo papel do Estado. Se, no constitucionalismo liberal, o Estado era o “guarda noturno”, que se dedicava apenas à garantia da segurança dos negócios privados, no constitucionalismo social ele assume um papel muito mais ambicioso na vida econômica.

Isto posto, todas essas mudanças sociais exigiram uma mudança estrutural na separação dos poderes, que foi, por sua vez, flexibilizada, para que os poderes pudessem atuar mais incisivamente nas searas social e econômica, assim como a produção de normas cresceu bastante para dar conta das complexidades cada vez maiores de uma sociedade pluralista, contudo, a função que mais se avolumou foi administrativa, tendo que lidar com a crescente necessidade de

⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p.82.

⁴⁴ Ibidem, p.82.

⁴⁵ Ibidem, p.82-83.

⁴⁶ Ibidem, p.83.

prestação de serviços e de intervenção estatal na economia⁴⁷.

Assim sendo, o constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo, como a preocupação com os direitos individuais e a limitação de poder, todavia, busca conciliá-los com o bem-estar coletivo e melhorias sociais, pois adota uma perspectiva que prega a inclusão de todos os cidadãos, independentemente de suas singularidades, sem privilegiar determinados seguimentos, mas prestigiando os mais desprivilegiados da sociedade e em estado de vulnerabilidade social⁴⁸.

As Constituições que se utilizaram desse viés do constitucionalismo social, possuíam um perfil muito mais ambicioso, pois não tratavam somente da estrutura do Estado da definição de direitos negativos, pelo contrário, iam além já que tratavam de temas como a economia, relações de trabalho, família, etc⁴⁹. Eram Constituições, pois, da sociedade, que incorporavam direitos sociais, envolvendo prestações materiais do Estado como o direito à educação, moradia, saúde e previdência social, entretanto os direitos individuais clássicos, como aqueles eminentemente patrimoniais, foram revestidos por uma ótica social, tendo sua proteção relativizada⁵⁰.

Por sua vez, o constitucionalismo social enfrenta uma crise desde as décadas finais do século passado, pois a globalização econômica reduziu a capacidade dos Estados de formularem e implementarem políticas públicas, assim como gerou o fenômeno da “desterritorialização do poder”⁵¹.

Faz-se necessário, todavia, compreender os processos históricos vivenciados após a Segunda Guerra Mundial para notar a hipervalorização que os direitos humanos e sociais tiveram após esse terrível período histórico.

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p. 83

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ibidem, p.84.

⁵⁰ Ibidem, p.84-85.

⁵¹ Ibidem, p.85.

4 A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O NAZISMO

Os horrores da Segunda Guerra Mundial não podem ser esquecidos pois marcaram a história da humanidade, tendo o nazismo hitlerista seu maior representante do poder destrutivo que a discriminação e subjugação de um povo pelo outro podem fazer; provavelmente um dos períodos de maior desumanização da história.

Em 1933, Adolf Hitler obteve a maioria dos votos dos eleitores alemães, sendo aprovado naquele mesmo ano o “Ato de Habilitação”(Ermächtigungsgesetz), conferindo a Hitler o poder de mudar a Constituição⁵². As famosas “Leis de Nuremberg”, aprovadas em 1935, oficializaram o terror: o antissemitismo, a proibição do matrimônio entre judeus e alemães, além de segregarem os judeus como cidadãos de segunda classe⁵³.

Segundo os relatos do doutor Zygmunt Klukowski, cujo relato em seu diário data de 8 de abril de 1942, é possível ter-se um pouco de noção do Holocausto⁵⁴:

Que todo dia dois trens, consistindo de 20 vagões cada um, chegam a Belzec, um de Lublin, outro de Lvov. Depois de desembarcarem em trilhos separados, todos os judeus são forçados para dentro do recinto cercado de arame farpado. Alguns são mortos com eletricidade, alguns com gás venenoso, e os corpos queimados. A caminho de Belzec, os judeus passam por muitas coisas terríveis. Estão cientes do que vai lhes acontecer. Alguns tentam reagir. Na estação ferroviária de Szczebrzeszyn, uma jovem mulher deu um anel de ouro em troca de um copo d'água para o filho moribundo. Em Lublin, o povo testemunhou crianças serem jogadas das janelas dos trens em alta velocidade. Muita gente é fuzilada antes de chegar a Belzec.

O nazismo retirava todo resquício de dignidade humana que ainda havia em alguns judeus, fossem eles velhos, novos, homens, mulheres, crianças. As atrocidades perpetradas nos campos de concentração não se contentavam apenas em levar os judeus ao extermínio por fuzilamento em câmaras de gás, mas em torturá-los, humilhá-los, subjugá-los para que eles fossem reduzidos a nada. Outro

⁵² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.5.

⁵³ Ibidem, p.5-6.

⁵⁴ EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em Guerra**: como os nazistas conduziram a Alemanha da conquista ao desastre (1939-1945). Tradução de Lúcia Brito e Solange Pinheiro. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014, p.329-331.

forte relato da época, exemplifica bem a situação da desumanização provocada pelo nazismo⁵⁵:

Obras na linha principal da ferrovia provocaram uma suspensão temporária dos transportes no verão de 1942. Ao mesmo tempo, o clima quente fez que as camadas compactas de cadáveres socadas dentro das covas atrás das zonas de extermínio inchassem e irrompessem do solo, como havia acontecido em Belzec, causando um fedor terrível e atraindo grande quantidade de ratos e outros animais carniceiros. Os homens da SS também começaram a notar um gosto rançoso na água. O suprimento de água do campo era retirado de poços, e eles sem dúvida estavam sendo contaminados. Desse modo, a administração do campo construiu uma grande cova que foi preenchida com madeira e acesa; uma escavadeira foi trazida para desenterrar os corpos, que foram colocados em grades sobre a cova e cremados por um destacamento especial judaico cujos membros depois foram mortos. Enquanto isso, os transportes foram retomados em outubro de 1942 e continuaram até o começo de maio de 1943. Uma leva de 5 mil pessoas chegou de Majdanek, com prisioneiros de uniforme listrado já debilitados pela fome e por maus-tratos. Nessa ocasião, as câmaras de gás estavam com problemas, de modo que os prisioneiros foram mantidos ao ar livre durante a noite. Duzentos morreram por exaustão ou espancamento e fuzilamento perpetrados pela SS durante a madrugada. O restante foi levado para as câmaras de gás no dia seguinte. Outro transporte chegou em junho de 1943 com os prisioneiros já nus porque a SS de Lvov achou que isso dificultaria as fugas: a jornada havia sido longa, e 25 dos 50 vagões de carga continham apenas cadáveres. As pessoas haviam morrido de fome e sede, e, conforme uma testemunha ocular mais tarde lembrou, algumas já estavam mortas havia até duas semanas quando chegaram.

Tendo em vista todas as barbaridades cometidas durante o período do Holocausto pelos nazistas, foi necessário reprimir e coibir de todas as formas para que práticas e regimes ditatoriais não mais estivessem aptos a existir ou sequer cogitar seu aparecimento. A partir daí, a dignidade da pessoa humana alcançou outro patamar.

4.1 A NOVA GERAÇÃO DE DIREITOS

É sabido que a teoria das gerações dos direitos foi desenvolvida pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, em 1979, e divide-se em três gerações de direitos: os direitos baseados na liberdade(liberté), na igualdade(égalité) e na fraternidade(fraternité)⁵⁶.

A primeira geração de direitos é um reflexo claro da vitória da burguesia

⁵⁵ ARAD, Belzec, p.30-7,75-80 apud EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em Guerra: como os nazistas conduziram a Alemanha da conquista ao desastre(1939-1945)**. Tradução de Lúcia Brito e Solange Pinheiro. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014, p.334.

⁵⁶ MARMEELSTEIN, George, 2016, p.39.

sobre os governantes, protegendo o direito à propriedade privada, a legalidade, à liberdade de religião, de expressão, comercial, profissional, religiosa, etc⁵⁷. Além desses direitos de liberdade foram, também, reconhecidos os direitos políticos, através do direito ao voto, do direito de crítica, direito de filiação partidária, enfim, os direitos de primeira geração foram responsáveis por garantir os direitos civis e políticos⁵⁸.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, relacionam-se com o Estado do bem-estar social(*Welfare State*), comprometendo-se a garantir os direitos trabalhistas, econômicos, sociais e culturais, como saúde, alimentação, moradia, educação, assistência social, etc⁵⁹. Os direitos de segunda geração funcionam como uma alavanca para impulsionar o desenvolvimento do ser humano, proporcionando-lhe as condições básicas para desfrutar da liberdade⁶⁰.

Os abusos praticados pelo regime nazista impulsionaram a criação de uma nova geração de direitos, a terceira, que assegura o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, de comunicação⁶¹. Esses direitos foram impulsionados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, como uma forma de simbolizar uma nova ordem mundial, de tolerância e paz e mais comprometida com os direitos fundamentais, assim como também inspirou a aprovação de inúmeros tratados internacionais importantes como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos(ou pacto de San Jose da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966⁶².

Foram criados, também, inúmeros Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, com o propósito de garantir a efetividade dos tratados internacionais, ratificando que o desrespeito aos direitos humanos é um desrespeito a sociedade como um todo⁶³.

Isto posto, os direitos fundamentais lograram grande espaço nas Constituições dos países, pois, como resposta às atrocidades cometidas pelo

⁵⁷ MARMELSTEIN, George, 2016, p.43.

⁵⁸ Ibidem, p.44.

⁵⁹ Ibidem, p.47-48.

⁶⁰ Ibidem, p.48-50.

⁶¹ Ibidem, p.50.

⁶² Ibidem, p.50-51.

⁶³ Ibidem, p.51.

nazismo, a dignidade da pessoa humana torna-se, então, o epicentro de todo o ordenamento constitucional.

4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são dotados de características que facilitam sua proteção judicial, como aplicação imediata (art.5º, §1º, CF/88) não precisando de regulamentação para serem efetivados; são, também, cláusulas pétreas, segundo inteligência do art.60, §4º, inc.IV, CF/88, não podendo ser abolidos nem mesmo por emenda constitucional e possuem hierarquia constitucional, de modo que se alguma lei impedir a efetivação de um direito fundamental, essa mesma lei poderá ser declarada inconstitucional⁶⁴.

Os direitos fundamentais, por sua vez, possuem um aspecto formal e outro material. A sua “fundamentalidade formal” possui quatro dimensões relevantes: as normas de direitos fundamentais são normas com um grau superior na ordem jurídica; como normas constitucionais possuem procedimentos agravados de revisão; como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam a constituir limites materiais da própria revisão; como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais⁶⁵.

Já na “fundamentalidade material” afirma que o conteúdo dos direitos fundamentais constitui as estruturas básicas do Estado e da sociedade⁶⁶. Dessa forma, George Marmelstein assim conceitua direitos fundamentais⁶⁷:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”.

Isto posto, a dignidade humana constitui o núcleo do sistema constitucional, ou mais ainda, como afirma Marmelstein que a dignidade humana é “

⁶⁴ MARMELSTEIN, George, 2016, p.16.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003, p.379.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ MARMELSTEIN, George, op. cit., p.18.

a base axiológica desses direitos”⁶⁸.

Os direitos fundamentais também possuem importantes funções dentro do sistema constitucional. A primeira função dos direitos fundamentais é a defesa da dignidade da pessoa humana perante o Estado, sob uma dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo constituem normas de competência negativa para o poder público, proibindo interferências na esfera jurídica individual, assim como, num plano jurídico-subjetivo, exercem positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) além de exigirem omissões dos poderes públicos, a fim de evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁶⁹.

Há também os direitos a prestações (função de prestação social) que seria o direito do particular obter algo através do Estado, como saúde, educação, segurança social, vinculando-se a três núcleos dos direitos sociais, econômicos e culturais, a saber: ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os cidadãos podem e devem exigir das normas constitucionais, pretensões prestacionais, por exemplo, se o direito à moradia significaria no direito de exigir uma casa do Estado); ao problema dos direitos sociais derivados, que se referem ao direito de exigir uma atuação legislativa que efetive as normas constitucionais sociais, sob pena de omissão, e no direito de exigir participação em prestações criadas pelo legislador, a exemplo de prestações médicas e hospitalares; ao problema de saber se as normas de direitos fundamentais sociais vinculariam os poderes públicos, no sentido de obrigarem estes a políticas sociais ativas, como a construção de hospitais, escolas, ao fornecimento de serviços de segurança social, assim como ao fornecimento de bolsas de estudo, habitações, rendimentos mínimos, etc⁷⁰.

Outra função importantíssima dos direitos fundamentais é a função de proteção perante terceiros, ou seja, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida contra agressões de outros indivíduos, assim sendo o Estado deve adotar medidas positivas que protejam os direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou perigosas praticadas por terceiros. Esta função também obriga o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-cíveis, para assegurar os

⁶⁸ MARMELSTEIN, George, op. cit., p.17.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003, p.407-408.

⁷⁰ Ibidem, p.408-409.

direitos fundamentais nas mesmas, a exemplo, a regulação do matrimônio, garantindo a igualdade entre os cônjuges⁷¹.

Uma das mais atuais e importantes funções dos direitos fundamentais é a função de não discriminação, aplicando-se aos direitos e garantias pessoais, como não discriminação religiosa, assim como aos direitos de participação política (direito de acesso aos cargos públicos), além dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações de saúde, habitação, etc. Há, ainda, a pressão de grupos que constituem minorias sociais, como mulheres, soropositivos, homossexuais que defendem a efetivação plena dessa função tão importante e inclusiva dos direitos fundamentais⁷².

Diante do exposto, nota-se facilmente o tamanho da dimensão que os direitos constitucionais alcançaram nos sistemas constitucionais e, com o tempo, começaram a expandir-se por todo o ordenamento jurídico.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003, p. 409.

⁷² *Ibidem*, p.410.

5 NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

Muito comum haver uma certa confusão entre o conceito de neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, contudo é imperioso fazer a diferenciação. O pós-positivismo consiste em um “paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade”⁷³. Os anos que se seguiram a 1945 vivenciaram as agruras da reconstrução da Europa e a partir da década de 1950, desenvolveram condições de vida prósperas (“era de ouro” do capitalismo), assim como politicamente o mundo viveu uma polarização ideológica, entre o socialismo e o capitalismo com a Guerra Fria⁷⁴. Na seara jurídica, a principal mudança foi desempenhada pelas Constituições e pela força normativa dos direitos fundamentais, afinal de contas os horrores da Segunda Guerra Mundial impuseram um alerta aos juristas, principalmente aos Tribunais Constitucionais, que uma lei não poderia ser considerada legítima apenas conferindo-se a regularidade de seu processo legislativo, mas também seu conteúdo era de extrema importância⁷⁵.

Friedrich Müller e sua teoria estruturante elaboraram as premissas fundamentais do paradigma pós-positivista do direito, todavia para o jurista a superação do positivismo não poderia consistir em um fim em si mesmo, pois os standards de tecnicidade jamais deveriam ser abandonados⁷⁶, ou seja, os direitos fundamentais devem, também, respeitar o direito positivo.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, tem como premissa maior a subdivisão em regras e princípios, sendo os *easy cases* resolvidos por mera subsunção, enquanto os *hard cases*, seria através da técnica da ponderação. Mas o que seria, então, o neoconstitucionalismo?

O termo neoconstitucionalismo foi cunhado, pela primeira vez, pela jurista Susanna Pozzolo, que tratou do assunto ao relacioná-lo ao trabalho de vários jusfilósofos como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos S. Nino, apesar de todos não fazerem parte de um movimento unitário, contudo em seus trabalhos e argumentações é possível encontrar pontos que se tangenciam,

⁷³ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

⁷⁴ Ibidem, p.61.

⁷⁵ Ibidem, p.61-62.

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich, 2008, p.188 apud ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64.

sendo possível agrupá-los em uma única corrente jusfilosófica⁷⁷.

O neoconstitucionalismo, segundo Sarmiento, envolve mudanças no tipo das constituições e nos arranjos institucionais, alterando a teoria jurídica subjacente, sendo associado a diversos fenômenos⁷⁸:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Como visto, após a Segunda Guerra Mundial, a grande parte das Constituições contemporâneas, não é de cartas procedimentais, deixando todas as decisões sob o julgo do Poder Legislativo, ao invés disso, é comum a presença de normas com alto teor axiológico, contendo importantes decisões substantivas e que se debruçam sobre vários assuntos antes não tratados na seara constitucional⁷⁹.

Dessa forma, foi necessário desenvolver-se uma Nova Hermenêutica para corresponder a esse novo sistema constitucional, que, por sua vez, começava a irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, fornecendo-lhe uma nova forma de compreender os fenômenos jurídicos. Tratando na Nova Hermenêutica, afirma o professor Paulo Bonavides⁸⁰:

Com efeito, na Velha Hermenêutica interpretava-se a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional.

⁷⁷ POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional**. Tradução nossa. Doxa, v.21 II, p.339. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf> Acesso em: 10 mai. 2017.

⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p. 202.

⁷⁹ SANCHÍS, Luis Prieto, p.107-117 apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p. 202.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.666-667.

Dessa forma, cresceu exponencialmente a importância dos princípios para a interpretação não só constitucional, mas de todo o ordenamento assim como o desenvolvimento da técnica da ponderação. O Poder Judiciário passou de coadjuvante a protagonista, através da jurisdição constitucional, em que permitiu que os juízes declarassem a inconstitucionalidade de alguma lei.

O neoconstitucionalismo prega que não é racional apenas aquilo que pode ser comprovado de forma experimental, ou deduzido de premissas, segundo a lógica formal, todavia pode e deve ser racional também a argumentação utilizada nos litígios jurídicos, afastando-se, pois, dos métodos antes utilizados das ciências exatas⁸¹.

Os princípios são elevados a outro patamar e revestidos de grande carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, há uma maior abertura para o debate Moral, abrindo um espaço considerável para o debate entre o Direito e a Moral⁸².

Sobre Direito e Moral, leciona Sarmento⁸³:

Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas elas se tornam mais tênues e porosas, à medida que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevador, princípios de Justiça, que passam a ser considerados como normas vinculantes.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, é muito centrado no Poder Judiciário, pois deposita muitas expectativas sobre ele para a concretização dos “ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas”, sofrendo inúmeras críticas. Uma dessas críticas seria o fato dos juízes não serem eleitos pelo povo por um sistema de sufrágio, não podendo ser considerados “representantes do povo” ao decidirem questões polêmicas como: aborto de fetos anencéfalos, uniões, homoafetivas, descriminalização das drogas, entre tantos outros assuntos que, segundo seus críticos, caberia apenas ao Legislativo, pelo seu poder conferido legitimamente pela maioria através do voto. Por outro lado, há aqueles que afirmam que os membros do Judiciário, por pertencerem à elite, seriam favoráveis à

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p.204.

⁸² Idem.

⁸³ Ibidem, p. 204-205.

manutenção do *status quo*, bloqueando mudanças progressistas ou de grupos minoritários em busca de direitos e reconhecimento social⁸⁴.

Essas críticas são importantes e pertinentes, afinal de contas não deseja-se uma “hiperconstitucionalização do Direito”, formando-se uma espécie de “governo de juízes”, em que os Poderes Legislativo e Executivo apequenam-se e a vontade da maioria, expressa pelo voto, não é atendida, contudo o neconstitucionalismo, deve ser valorizado pela mudança de paradigma jurídico, proporcionando uma visão mais humana e condizente com os direitos fundamentais⁸⁵.

5.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Como dito anteriormente, o neoconstitucionalismo baseia-se numa Nova Hermenêutica que utiliza-se de princípios para solucionar os litígios judiciais, através de uma argumentação racional e razoável. Tendo em vista isso, faz-se mister compreender mais sobre os princípios, suas modalidades de eficácia e aplicações, assim como a técnica da ponderação ou sopesamento.

É importante, também, nesse ambiente pós-positivista atual, diferenciar regras de princípios, pois apesar de desfrutarem de status de norma jurídica, ambos possuem peculiaridades⁸⁶:

- a) quanto ao *conteúdo*: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;
- b) quanto à *estrutura normativa*: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;
- c) quanto ao *modo de aplicação*: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante *subsunção*; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante *ponderação*.

Tratando de eficácia dos princípios, na eficácia direta, o princípio incide no caso concreto semelhante à uma regra, ou seja, enquadra-se o fato na proposição jurídica nele contida, por exemplo: com base no princípio da isonomia, um indivíduo

⁸⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, 2016, p.205.

⁸⁵ Ibidem, p.205-206.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.356-357.

postula uma equiparação salarial⁸⁷.

Já na eficácia interpretativa, o sentido e o alcance das normas jurídicas devem ser fixados levando-se em conta os valores contidos nos princípios constitucionais, funcionando, dessa forma, como “vetores da atividade do intérprete”, especialmente quando existirem normas jurídicas que comportem mais de uma interpretação⁸⁸. Assim sendo, na eficácia interpretativa dos princípios constitucionais, orienta-se a interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais, para que o intérprete possa escolher aquela com o melhor efeito pretendido, dentre as interpretações possíveis para o caso concreto⁸⁹.

A eficácia negativa, por sua vez, resulta na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em desacordo com o princípio constitucional em questão, podendo ocasionar na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta (com sua retirada do sistema), seja em controle incidental (não incidência no caso concreto). Atos administrativos e privados também estão sujeitos a tais efeitos negativos, a exemplo de editais de concursos públicos com restrições descabidas que violem à isonomia ou contratos de trabalho que contrastem com o princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁰.

Há, também, os princípios constitucionais gerais que são especificações dos princípios fundamentais e, por serem menos abstratos, são mais eficazes ao tutelarem diretamente as situações jurídicas que contemplam⁹¹:

a) Isonomia. A Constituição aboliu inúmeras situações de tratamento discriminatório, *e.g.*, prevendo que homens e mulheres exercem igualmente os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, vedando o tratamento desigual entre filhos havidos no casamento e fora dele e reconhecendo a união estável como entidade familiar (...).

b) Segurança jurídica. Uma manifestação do princípio da segurança jurídica que se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência recentes foi a proteção da confiança, destinada a tutelar expectativas legítimas e a preservar efeitos de atos inválidos, presentes determinadas circunstâncias. Com base nela, o STF tem admitido não dar efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade, bem como tem preservado os efeitos de atos que, ainda quando inválidos, permaneceram em vigor por tempo suficiente para tornar irrazoável o seu desfazimento.

c) Devido processo legal. O princípio foi invocado para considerar inválido oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial, entender ilegítima a anulação de

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.358.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p. 358.

⁸⁹ *Ibidem*, p.359.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Ibidem*, p.362-364.

processo administrativo que repercutia sobre interesses individuais sem observância do contraditório, reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal no uso de algemas quando as condições do réu não ofereciam perigo, negar extradição à vista da perspectiva de inobservância do devido processo legal no país requerente e determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação.

Existem também os princípios setoriais ou especiais que afetam um determinado conjunto de normas relacionadas a certo tema, capítulo ou título da Constituição, irradiando-se limitadamente, a exemplo dos princípios setoriais tributários(princípio da anterioridade); da Administração Pública, como a moralidade e impessoalidade; os da ordem econômica, como o da livre concorrência, entre muitos outros⁹².

Um princípio muito importante é o da razoabilidade, auxiliando muitos juízes e tribunais em suas decisões, sendo também referido como princípio da proporcionalidade, numa dimensão material, servindo mais como um “instrumento de medida” do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, a razoabilidade funciona como “meio de aferição do cumprimento ou não de outras normas⁹³.

5.2 COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

O choque entre normas constitucionais pode ocorrer de três formas: colisão entre princípios; colisão entre direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e outro valores e interesses constitucionais⁹⁴.

A colisão entre princípios constitucionais decorre do pluralismo de valores e interesses que abrigam a Constituição, devendo a prevalência de um sobre o outro a ser decidida no caso concreto; já a colisão entre direitos fundamentais é uma espécie da particularização da colisão entre princípios constitucionais, podendo produzir colisões no caso concreto, a exemplo: direito à honra versus direito à intimidade, entre outros⁹⁵. Há, também, o caso da colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, voltados para a proteção do interesse

⁹² BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.364-365.

⁹³ Ibidem, p.365-367.

⁹⁴ Ibidem, p.368.

⁹⁵ Ibidem, p.368-369.

público ou coletivo, a exemplo da demarcação de terras indígenas⁹⁶.

Nessas três modalidades de colisões, as características comuns são: a insuficiência de critérios tradicionais de solução para os casos concretos; a inadequação do método subsuntivo para decidir a controvérsia e a necessidade de se utilizar a técnica da ponderação para encontrar uma resposta adequada constitucionalmente⁹⁷.

Durante muito tempo o método subsuntivo foi utilizado na seara jurídica, em que, através de um raciocínio silogístico, a premissa maior(a norma) incide sobre a premissa menor(os fatos), originando uma solução no caso concreto, sendo esse raciocínio considerado durante muitos anos suficiente para a resolução dos litígios jurídicos, todavia, a complexidade das relações sociais, demonstrou que o método subsuntivo, apesar de relevante, não é suficiente para lidar com as novas situações que se impõem⁹⁸.

Assim sendo, na subsunção há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor, em uma lógica unidirecional, somente poderia trabalhar com uma das normas, tendo que selecionar apenas uma premissa maior, descartando as demais, não sendo, portanto, constitucionalmente adequada, pois pelo princípio da unidade da Constituição não há hierarquia jurídica entre normas constitucionais⁹⁹.

Leciona, assim, Luís Roberto Barroso¹⁰⁰:

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

A técnica da ponderação consiste, portanto, em uma técnica aplicável a casos difíceis(*hard cases*), em que a subsunção mostrou-se insuficiente, por

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.370.

⁹⁷ Ibidem, p.371.

⁹⁸ Ibidem, p.372-373.

⁹⁹ Ibidem, p.373.

¹⁰⁰ Idem.

existirem normas de mesma hierarquia apontando soluções diferenciadas, sendo possível descrever a ponderação em um processo de três etapas, descritas a seguir¹⁰¹.

Na primeira etapa, o intérprete deverá encontrar no sistema normas relevantes para a solução do caso concreto e identificar possíveis conflitos entre elas; em seguida, as premissas maiores pertinentes são agrupadas com base nas soluções propostas semelhantes entre si, facilitando o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos¹⁰².

Já na segunda etapa, por sua vez, cabe o exame dos fatos, das circunstâncias concretas do caso e sua relação com os elementos normativos, pois a partir do exame dos fatos e dos possíveis reflexos sobre eles das normas selecionadas na primeira etapa será possível visualizar com mais clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência, entretanto, até a presente etapa, nada foi ainda solucionado¹⁰³.

Finalmente, na terceira etapa é o momento em que a ponderação irá diferenciar-se da subsunção, pois é nesse momento em que os diferentes grupos de normas e os fatos dos casos concretos estarão sendo examinados em conjunto, sendo atribuídos pesos a cada elemento em disputa, decidindo qual grupo de normas deve preponderar no caso concreto; logo em seguida, deverá ser dirimida quanto intensamente esse grupo de normas deve prevalecer perante as demais, ou seja, em qual grau será apropriado em que a solução poderá ser aplicada, tendo o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como condutor de toda a argumentação jurídica¹⁰⁴.

Para que as decisões judiciais embasadas mediante a técnica da ponderação não reflitam meros “decisionismos” ou careçam de legitimidade, é necessário que sejam perseguidos alguns critérios, a saber¹⁰⁵:

Com a expressão pretensão de universalidade quer-se significar, na verdade, duas necessidades distintas: uma relacionada com a argumentação jurídica propriamente dita e outra com a decisão final do

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.373.

¹⁰² Ibidem, p.374.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem, p.374-375.

¹⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.126-131.

intérprete. Em primeiro lugar, espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos. Vale dizer: o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas. (...) Essa exigência será mais facilmente atendida quando o intérprete esteja lidando com argumentos predominantemente jurídicos, derivados de enunciados normativos. E isso por duas razões. Em primeiro lugar, porque se presume que o conteúdo dos enunciados compartilhe de uma racionalidade comum a todos. E, em segundo lugar, porque o argumento em si da imperatividade própria aos dispositivos jurídicos é um elemento da racionalidade geral em um Estado de direito, especialmente em se tratando de um sistema romano-germânico. Dito de outra forma, as pessoas estão de acordo com a regra geral de que os enunciados normativos são obrigatórios e vinculantes e, por isso, devem ser obedecidos. (...) O segundo sentido da pretensão de universalidade envolve a decisão formulada pelo intérprete e pode ser descrita de forma simples. A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis¹⁰⁶ e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos similares?.

Isto posto, além dos argumentos serem universais e razoáveis devem poder ser utilizados em situações análogas, socorrendo-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade, através de concessões recíprocas entre os valores e interesses na disputa, tentando compatibilizá-los ao máximo; todavia na impossibilidade de compatibilização, as escolhas no caso concreto devem ser feitas da forma mais racional e ponderada possível¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001, p. 186-199.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.377.

6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Em países de democratização tardia, como Portugal, Espanha e, especialmente, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um fenômeno recente, mas que expandiu-se de forma rápida, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, intitulada de Constituição Cidadã; essa mesma Constituição passou a desfrutar não somente de uma supremacia formal, mas também material e axiológica, tornando-se o núcleo do ordenamento jurídico¹⁰⁸.

Esse fenômeno funciona como uma espécie de filtragem constitucional¹⁰⁹, em que toda a ordem jurídica deve ser interpretada e compreendida sob uma ótica constitucionalista, reinterpretando, pois, seus institutos¹¹⁰. Dessa maneira, torna-se possível aplicar a Constituição diretamente, quando uma pretensão for oriunda de uma norma constitucional ou indiretamente, quando uma norma se fundar em uma norma presente no texto infraconstitucional, devendo o intérprete, antes de mais nada, verificar se a norma é compatível com o texto constitucional e sempre aplicando-a para que os fins constitucionais sejam realizados¹¹¹.

A constitucionalização no Brasil é, também, realizada através da jurisdição constitucional, através dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, envolvendo algumas técnicas, dentre as quais se destacam¹¹²:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição(ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
 - (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
 - (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.400-401.

¹⁰⁹ Termo cunhado por Paulo Ricardo Schier, em seu livro, *Filtragem Constitucional*, 1999.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, 1991 apud BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.402.

¹¹¹ BARROSO, op cit., p.402.

¹¹² Ibidem, p.403.

Dito isso, o controle de constitucionalidade é uma forma de se interpretar e aplicar a Constituição, obtendo respaldo para invalidar um ato do Poder Legislativo, contudo jamais poderá substituí-lo por um ato de vontade própria¹¹³.

A constitucionalização proporcionou, também, uma ânsia maior por justiça na sociedade brasileira, em primeiro lugar, pela “redescoberta da cidadania” e por uma maior conscientização dos brasileiros em relação aos seus direitos, além disso a Constituição de 1988 introduziu um novo rol de direitos, criando novas ações e ampliando a legitimidade ativa, mediante representação ou substituição processual¹¹⁴. Dessa forma, cresceu em importância o Poder Judiciário, já que com liberdade de atuação e com respeito às garantias institucionais, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel político na sociedade, ocorrendo o fenômeno da judicialização de questões políticas e sociais, encontrando nos tribunais uma resposta para casos diversos e complexos, a saber¹¹⁵:

- (i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);
- (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e o papel do Ministério Público na investigação criminal;
- (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias;
- (iv) Questões do dia a dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

A atuação do Poder Judiciário é, com toda certeza, jurídica, contudo a natureza da sua atuação tem sido, muitas vezes, política, ocasionando críticas por conta de parte da doutrina e debates acerca de algumas questões pertinentes, tais como: o controle de constitucionalidade e a possibilidade de invalidação de leis do Poder Legislativo, a ingerência em políticas públicas, suprimimento de omissões, entre outras, vem causando uma certa fricção entre os Poderes, havendo, pois, a necessidade de demarcação dos espaços de cada um¹¹⁶.

Há, porém, dois pilares que sustentam a legitimidade do controle de

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.404.

¹¹⁴ Ibidem, p.421-422.

¹¹⁵ Ibidem, p.422.

¹¹⁶ Ibidem, p.422-423.

constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário: o primeiro deles seria a própria Constituição, expressão máxima da soberania popular, devendo prevalecer sempre sobre leis e maiorias parlamentares e o outro seria assegurar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, através da superação de um ordenamento tecnicista para um concretizador de leis e normas, tendo o juiz constitucional um papel ímpar na manutenção de valores e direitos caros à esse novo ordenamento¹¹⁷.

A supremacia da Constituição necessita ser assegurada no controle das políticas públicas, contudo isso não implica numa hegemonia judicial, desenvolvendo-se parâmetros para se demarcar a atuação judicial nessa seara¹¹⁸:

Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral.(...) Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

O constitucionalismo, apesar de fortalecer o papel do Poder Judiciário não constitui uma afronta à democracia, pois apesar do caráter contramajoritário dos tribunais, faz-se necessário resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, auxiliando na estabilidade institucional¹¹⁹.

A constitucionalização exacerbada, por sua vez, pode contribuir com duas conseqüências negativas, a saber: o esvaziamento do poder das maiorias e o decisionismo judicial, através da textura aberta das normas constitucionais, devendo os intérpretes seguirem dois parâmetros para evitar o temido “governo de juízes”¹²⁰:

- a) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
- b) preferência pela regra: onde o constituinte ou legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.424-425.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, 2007, nº15, p.13-14. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf> Acesso em: 12 mai. 2017.

¹¹⁹ BARROSO, op cit., p.428-429.

¹²⁰ Ibidem, p.431.

pudessem postular incidência na matéria.

A preferência da lei deve-se ao fato de que sua escolha concretiza “os princípios da separação dos Poderes, da segurança jurídica e da isonomia”, assim como a preferência das regras sobre princípios justifica-se se ambos possuem mesma hierarquia e os métodos tradicionais de interpretação não forem suficientes para solucionar a colisão entre eles¹²¹. Dessa forma, ao respeitarem-se esses parâmetros será possível frear um ativismo judicial excessivo, podendo-se tornar, algumas vezes, nocivo.

6.1 AS FASES DO PROCESSO E O NEOPROCESSUALISMO

Faz-se necessária uma breve exposição histórica das fases de evolução do direito processual, para uma melhor compreensão do surgimento e consolidação do neoprocessualismo nos dias atuais¹²²:

- a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas;
- b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais;
- c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido.(...)Na fase instrumentalista, o processo passa ser objeto de estudo de outras ciências jurídicas, como a sociologia do processo – que se concentrou nos estudos sobre o acesso à justiça. Além disso, há grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, e a tutela de novos direitos, como os coletivos.

Atualmente, porém, vive-se uma quarta fase do direito processual, a saber: o neoprocessualismo, que, nas palavras de Cambi assim o define¹²³:

O neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do fetichismo das formas. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto, 2015, p.431-433.

¹²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: **Juspodivm**, 2017, vol.1, p.52.

¹²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016, p.143.

Aqui no Brasil, essa quarta fase do direito processual é também conhecida como formalismo-valorativo¹²⁴, devido ao trabalho realizado pelo professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira à frente da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Esta fase serve para, justamente, destacar a importância dos valores constitucionalmente protegidos “na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”¹²⁵. Nas palavras do professor Carlos Alberto¹²⁶:

Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (fair trial). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.

O Direito Processual passa, pois, por um processo de constitucionalização que pode ser visto por duas dimensões: incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais, principalmente após à Segunda Guerra Mundial quase todas as Constituições consagram expressamente em seus textos direitos fundamentais processuais, assim como os tratados internacionais de direitos humanos (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica)¹²⁷.

Há, pois, um maior diálogo entre os processualistas e os constitucionalistas, em que a doutrina “passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais”, contribuindo para que ambas as áreas avancem significativamente¹²⁸.

A própria atividade jurisdicional também sofreu mudanças, com um sistema de precedentes judiciais, em que se reconhece a eficácia de orientações

¹²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. 2017. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm> Acesso em: 12 mai. 2017, p. 01.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.53.

¹²⁶ OLIVEIRA, op cit., 2017, p. 02.

¹²⁷ DIDIER JR., op. cit., p.54.

¹²⁸ Ibidem, p.55.

jurisprudenciais, assim como a proliferação de súmulas e a consolidação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal(art.103-A, CF/88¹²⁹); outro aspecto importante foi a melhor aceitação da criatividade jurisdicional pela doutrina jurídica¹³⁰.

Há, também, as cláusulas gerais processuais, em que as cláusulas gerais são, nas palavras de Judith Martins-Costa¹³¹ :

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

Não é viável um sistema jurídico formado simplesmente por cláusulas gerais, devido a grande insegurança jurídica que causariam, mas também não poderia ser formado apenas por regras, tamanha a rigidez e imutabilidade não condizente com as evoluções rápidas do mundo contemporâneo, ocasionando, atualmente, uma harmonização entre essas duas espécies¹³².

As cláusulas gerais, por sua vez, possibilitam uma atividade criativa do intérprete, ao passo que por seu caráter mais aberto e indeterminado, os tribunais e juízes são mais desafiados a constantemente a participarem ativamente na construção do ordenamento jurídico, em determinado caso concreto, já que as cláusulas gerais exigem concretização e não subsunção¹³³.

Primeiramente, as cláusulas gerais desenvolveram-se no Direito Privado,

¹²⁹ Artigo 103-A, CF/1988: “ O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.59.

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”:as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, nº139,1998,p.6-7. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>> Acesso em:12 mai. 2017.

¹³² DIDIER JR., op. cit., p.60.

¹³³ Ibidem, p.60-61.

especialmente com as cláusulas gerais da boa-fé, da função social da propriedade e da função social do contrato, contudo as cláusulas gerais tem adentrado muito o âmbito do direito processual civil, uma vez que reflexo da necessidade de um sistema mais flexível. Segundo Fredie Didier a principal cláusula geral processual é o devido processo legal, entretanto o Código de Processo Civil contém outras cláusulas gerais igualmente importantes, a saber¹³⁴:

- a) cláusula geral da promoção pelo Estado da autocomposição(art.3º,§2º);
- b) cláusula geral da boa-fé processual(art.5º); c)cláusula geral de cooperação(art.6º); d)cláusula geral de negociação sobre o processo(art.190); e)poder geral de cautela(art.301); f)cláusulas gerais executivas(arts.297,caput, e 536, §1º); g)cláusula geral do abuso do direito pelo exequente(art.805); h)cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária(art.723,par.ún.) etc.

Dito isso, faz-se mister compreender a importância dada aos direitos fundamentais no neoprocessualismo, fruto desse intercâmbio de ideias entre processualistas e constitucionalistas.

6.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NOVO PROCESSO CIVIL

O processo, hodiernamente, não pode ser mais tido como uma ferramenta isolada em uma ilha, pelo contrário, necessita utilizar outras linguagens da ciência jurídicas, possibilitando um enriquecimento interpretativo. Os direitos fundamentais, por sua vez, ao incidirem sobre o processo civil contribuem para esse enriquecimento, não somente à nível teórico mas também “prático-operativo”. Nas palavras de Lamy¹³⁵:

Trata-se de uma forma de pensar o direito processual como instrumento para a efetivação do direito material, passando pela reconceituação de vários dos institutos essenciais do processo, o que justificaria, até mesmo, definirem-se as bases para uma nova teoria geral da disciplina: uma teoria que não esteja fundada apenas nos institutos da relação jurídica processual, da ação, da jurisdição e da defesa, mas também, e principalmente, nos direitos fundamentais, reestruturando o processo a partir dos seus princípios constitucionais sem, contudo, deixar de reconhecer importância aos institutos.

¹³⁴ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.62.

¹³⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. **Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, 2014, Florianópolis, v.35, nº 69, p. 310. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301/28393> Acesso em: 12 mai. 2017.

Assim sendo, é preciso pensar o processo muito além de tecnicismos, especialmente no que se refere à tutela jurisdicional, já que ela não pode mais significar “ apenas uma resposta aos pedidos que lhe são feitos”. Aqueles que a requerem e utilizam precisam estar comprometidos com seus efeitos práticos, devendo-se, portanto, haver uma conscientização entre os próprios especialistas, geralmente muito apegados mais a formalismos excessivos do que propriamente com o conteúdo. Isto posto, a aplicação da norma principal(princípio) da fungibilidade junto aos meios processuais, constituídos, por sua vez, de normas não principais(regras), possibilita resultados práticos melhores e mais eficazes para os litigantes, conciliando com o ordenamento jurídico que preza uma interpretação que privilegia a necessidade social¹³⁶.

O processo, dessa forma, mudou totalmente ao incorporar os direitos fundamentais, segundo leciona Lamy¹³⁷:

Desse modo, atualmente, o processo não é mais apenas um meio formal preocupado com o seu respeito acima do próprio direito material, através do qual apenas a jurisdição diz o direito, limitando-se a responder aos pleitos que lhe são formulados. Hoje, o direito processual deve ser conceituado como o resultado da operação de um núcleo de direitos fundamentais, especialmente a ampla defesa e o devido processo legal, que atuam sobre uma base procedimental formada de meios que necessitam adequar-se aos fins de forma tão rica quanto a diversidade dos direitos materiais a serem tutelados.

É impossível, pois, desconsiderar a influências dos direitos fundamentais no direito processual, já que os estudos dedicados ao aperfeiçoamento jurisdicional possuem respaldo “em um direito constitucional elementar: o direito fundamental à efetividade do processo”. No processo civil clássico, o grande objetivo era o “atingimento do status jurídico formado pela coisa julgada material”, através da declaração de qual das partes possuía razão no mérito, todavia, atualmente, os meios processuais tem o objetivo de proporcionarem uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada ao direito material e, principalmente, efetiva¹³⁸.

A predominância dos direitos fundamentais no neoprocessualismo deve-se, em grande parte, por um maior cuidado e atenção aos direitos humanos, positivados em tratados e convenções internacionais de diversos países,

¹³⁶ LAMY, Eduardo de Avelar, 2014, p. 311.

¹³⁷ Idem, p. 311-312.

¹³⁸ Idem, p. 315-316.

especialmente após a o fim da Segunda Guerra Mundial; desta forma, a dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e orientador de todo o sistema constitucional, após a constitucionalização do direito infraconstitucional começou a fazer parte e servir de bússola para a construção do Novo Código de Processo Civil. Tudo começou com, por óbvio, uma valorização e multiplicação dos direitos do homem, constituindo, um verdadeiro fenômeno social¹³⁹:

Essa multiplicação(ia dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a)porque aumentou a quantidade de bens considerados mercedores de tutela; b)porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c)porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de(onde “de” indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a(onde “a” indica o objeto). Ainda mais supérfluo é observar, o que importa para nossos fins, que todas as três causas dessa multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revelam, de modo cada vez mais evidente e explícito, a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado.

Bobbio continua e explica de que modo ocorreu cada um desses processos¹⁴⁰:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdade negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais(ou morais) – em outras palavras, da “pessoa” – , para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto(como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição dos direitos do homem. Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação(o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc. Basta examinar as cartas de

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 63.

¹⁴⁰ Ibidem, p.63-64.

direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembleia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembleia da ONU, em 3 de dezembro.

Isto posto, impregnado desse espírito que enaltece os direitos fundamentais, o neoprocessualismo concedeu ao Novo Código de Processo Civil uma visão mais humana e alinhada com os direitos humanos e os direitos fundamentais, pautando-se, sempre, como cerne do processo, a busca de tutelas mais adequadas e condizentes com os valores constitucionais.

Falando-se mais especificamente sobre os direitos fundamentais, eles possuem, por conseguinte, duas dimensões: uma subjetiva, em que se encontram os direitos subjetivos, atribuindo posições jurídicas vantajosas aos seus titulares e uma dimensão objetiva, ao “traduzir valores básicos e consagrados na ordem jurídica”, devendo orientar toda a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico pelos seus operadores¹⁴¹.

As regras processuais, assim sendo, devem ser criadas de forma que se adéquem à tutela dos direitos fundamentais, assim como, devem sempre ser formuladas baseadas e orientadas nos direitos fundamentais; entretanto essas normas relativas a direitos fundamentais serão passíveis de controle de constitucionalidade pelo magistrado, caso violem alguma norma constitucional, coadunando-se com o princípio da adequação judicial das normas processuais¹⁴².

Desta maneira, o neoprocessualismo, ao ressignificar o papel dos direitos fundamentais no processo, possibilitou uma melhor e mais eficaz tutela dos direitos dos cidadãos, tendo em vista o processo como meio de assegurar e concretizar os direitos previstos na Constituição, incrementando a participação popular e fortalecendo a democracia¹⁴³:

O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.63.

¹⁴² Ibidem, p.64.

¹⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimp. 2002, p.48.

legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas(attingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.

Assim sendo, tendo em vista todas essas transformações sociais, econômicas, políticas, culturais e ideológicas, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo fomentaram as bases para a elaboração e promulgação de um Novo Código de Processo Civil brasileiro.

6.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL

Existem normas processuais que formam o Direito Processual Fundamental ou Direito Processual Geral. Essas normas ora são princípios ora são regras, sendo o Direito Processual Fundamental composto de regras e princípios. Algumas dessas normas encontram-se na Constituição Federal(Direito Processual Fundamental Constitucional) e a outra parte encontra-se na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Código de Processo Civil(arts. 1º a 12), contudo “há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão expressamente consagradas nos doze primeiros artigos do CPC”. Há outras normas na Constituição, como o devido processo legal, juiz natural e normas espalhadas no CPC, como o dever de observância dos precedentes judiciais, etc. Algumas normas fundamentais do processo civil são direitos fundamentais(presentes no art.5º, CF/88), enquanto outras “não possuem o status de norma de direito fundamental”¹⁴⁴. Eis alguns dos princípios mais importantes.

Um dos princípios mais significativos é o devido processo legal ou “due process of law”, positivado no artigo 5º, LIV,CF/88 que prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse texto constitucional é uma cláusula geral, razão pela qual seu significado foi alterado ao longo da história, já que “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso”. Desse princípio “extraem-se outras normas (princípios e regras), além de direitos fundamentais ainda sem o respectivo texto constitucional”. O processo para ser devido precisa, pois, ser “adequado, leal e efetivo”. Há, também, o devido

¹⁴⁴ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.71-73.

processo legal formal e o devido processo legal substancial. O devido processo legal formal ou procedimental, composto pelas garantias processuais do contraditório, juiz natural, duração razoável do processo, entre outras, trata-se da forma mais conhecida de devido processo legal, contudo nos Estados Unidos desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal, ou seja, devido não é apenas o processo que respeita as exigências formais mas sim aquele que “gera decisões jurídicas substancialmente devidas”. No Brasil, por outro lado, desenvolveu-se uma forma peculiar de devido processo legal substancial, “considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (...) e da razoabilidade”¹⁴⁵.

Em seu artigo 8º, o Novo Código de Processo Civil impõe ao juiz à observância de “resguardar e promover” a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é um dos pilares fundamentais da República(art.1º, III, CF/88), possuindo a natureza de norma jurídica e é um direito fundamental de conteúdo complexo, “formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais, previstos ou não no texto constitucional”. O juiz ou órgão julgador representa o Estado, devendo, pois, “resguardar” a dignidade da pessoa humana, “aplicando corretamente a norma jurídica”, bem como “promover” a dignidade da pessoa humana, comportando uma atitude mais ativa do magistrado, podendo, inclusive, adotar medidas de ofício para efetivar a dignidade da pessoa humana. Mas como distinguir a dignidade da pessoa humana, no processo, do devido processo legal? Fredie Didier, então, leciona¹⁴⁶ :

O devido processo legal é um direito fundamental cujo conteúdo é complexo e vem sendo construído nos últimos dez séculos. Desde 1.037, com o Decreto Feudal de Conrado II, inúmeras garantias processuais vêm sendo reunidas para dar à pessoa que é parte de um processo um tratamento digno(...). Essas garantias se articulam dentro de uma mesma rubrica: o devido processo legal. Bem pensadas as coisas, o devido processo legal é o rótulo que se deu à exigência de que um processo confira tratamento digno às pessoas. Dar um tratamento processual digno é garantir o contraditório, a produção de provas, o direito ao recurso, o juiz imparcial, a proibição de prova ilícita, a exigência de motivação, a lealdade processual, a publicidade etc. Enfim, a dignidade da pessoa humana, no processo, é o devido processo legal.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie, 2017, p. 73-82.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 85-87.

A própria referência à dignidade da pessoa humana na argumentação jurídica constitui uma forma de humanizar o processo civil, ou seja, auxiliar “na construção de um processo civil atento a problemas reais que afetem a dignidade do indivíduo, podendo reverberar de duas maneiras: na elaboração de normas jurídicas processuais que priorizem mais intensamente à proteção da dignidade da pessoa humana, a exemplo “da pessoa com deficiência auditiva comunicar-se, em audiências, por meio da Língua Brasileira de Sinais (art.162,III); proibição de pergunta vexatória à testemunha (art.459,§2º), entre outros”, assim como na reformulação do sentido de alguns artigos do CPC, a exemplo da extensão das hipóteses de impenhorabilidade que comprometam a dignidade da pessoa humana, como cão-guia, próteses, entre outros¹⁴⁷.

Além disso, é importante salientar que, no âmbito do processo civil, a dignidade da pessoa humana, tão comumente associada à pessoa natural, deve ser estendida a todo aquele que pode ser parte, mesmo com intensidades diferenciadas: “além das pessoas naturais, as pessoas jurídicas, condomínios, nascituro, órgãos públicos etc. É preciso garantir a qualquer parte um tratamento digno”.¹⁴⁸

Outro princípio de suma importância no processo civil, positivado no artigo 8º, é o princípio da legalidade. Esse princípio pode funcionar como norma processual, que é “nada mais do que aplicar o devido processo legal, em sua dimensão formal” e também como norma material, impondo ao magistrado que julgue os casos concretos em conformidade com o Direito. Ao decidir com base no Direito, engloba não somente as leis, mas também a Constituição, a jurisprudência, os precedentes, assim como o costume e, até mesmo, um negócio jurídico. Assim sendo, “o juiz deve decidir em conformidade com o Direito, qualquer que seja a sua fonte”. O dever de observar o princípio da legalidade não significa, contudo, em interpretar literalmente a lei, mas, acima de tudo, “é decidir em conformidade com o Direito, compreendido como conjunto de normas jurídicas positivadas em um dado ordenamento”. O que se propõe é evitar ao máximo decisões baseadas em Direito natural ou Direito criado pelo próprio juiz¹⁴⁹.

O princípio do contraditório é responsável por estruturar todo o processo,

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.88-89.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 89.

¹⁴⁹ Ibidem, p.89-91.

derivando do devido processo legal e sendo aplicado nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial. A Constituição positiva o princípio do contraditório em seu artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, constituindo, pois, um claro reflexo “do princípio democrático na estruturação do processo”. A democracia consagra-se pela participação e a “participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”. O princípio do contraditório subdivide-se em duas garantias: participação e possibilidade de influenciar a decisão. A garantia da participação corresponde a dimensão formal do princípio do contraditório e diz respeito ao direito de ser ouvido, de participação, de ser ouvido, de poder falar no processo, contudo há, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório que preconiza que não basta apenas que a parte participe do processo, mas também é necessário que ela tenha condições de interferir na decisão proferida pelo órgão jurisdicional. Dessa forma, se a parte não puder influenciar a decisão proferida (poder de influência), através de fatos, argumentos, ideias, a garantia do contraditório será violada, sendo, pois, fundamental perceber que o contraditório não se efetiva plenamente apenas com a ouvida da outra parte, mas também com a possibilidade da parte exercer o seu poder de influência na decisão¹⁵⁰.

Um outro princípio de grande relevância é a ampla defesa. O princípio do contraditório e ampla defesa, geralmente mencionados em par, encontram-se positivados no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, CF/88)¹⁵¹. A ampla defesa qualifica o contraditório, não havendo contraditório sem defesa, assim como não há ampla defesa sem contraditório. O contraditório é, portanto, “o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório”¹⁵². Atualmente, inclusive, pode-se afirmar que ambos se fundiram, “formando uma amálgama de um único direito fundamental”. A ampla defesa constitui, assim, o aspecto substancial do contraditório¹⁵³. Ao promover uma maior valorização dos princípios, especialmente os constitucionais, o neoprocessualismo irradiou seus efeitos para todo o Novo Código de Processo Civil.

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.91-92.

¹⁵¹ Ibidem, p.99.

¹⁵² MENDONÇA JR., Delosmar, p.55 apud DIDIER JR., Fredie, 2017, vol.1, p.99.

¹⁵³ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.100.

7 OS REFLEXOS DO NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), inovando e mudando a cultura processual brasileira, baseando-se no neoconstitucionalismo e no neoprocessualismo como formas de orientar todo o novo sistema processual vigente. Trata-se, pois, de um Novo Código, não de uma releitura, segundo parte da doutrina, todavia é um novo código, com novas bases, novo olhar, novas perspectivas de como encarar a processualística e o Direito Processual, como afirma a professora Gisele Leite¹⁵⁴:

Portanto, o fenômeno jurídico contemporâneo não pode ser estudado apenas como puro fenômeno dogmático, mas dotado de positividade mutante, ou seja, imerso na grandiosa dinâmica social de modificação. Sendo de fato, modificável não só em seu aspecto formal e externo (legislativo) mas principalmente o próprio sistema com modificação do “dever ser” do Direito.

Vive-se, pois, sob um novo Código, com novas diretrizes, uma nova forma de se efetivarem as tutelas judiciais, novas bases doutrinárias, novos valores, sempre pautados por uma constitucionalização do processo civil, reverberando, inclusive, na própria finalidade do processo, conforme assegura Marinoni¹⁵⁵:

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento pelo qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disso, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.

Desse modo, como exposto mais acima, o neoprocessualismo “procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”, sendo fundamental enfrentar o

¹⁵⁴ LEITE, Gisele. **Neopositivismo, Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo**: o que há realmente de novo no Direito?. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Periódico da Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Processual da UERJ, volume IX, nº9, 2012, p.232. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20376/14708>> Acesso em: 12 mai.2017.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, 2016, p.542.

problema do “fetichismo das formas”¹⁵⁶, já que esse apego excessivo ao formalismo cria empecilhos que impedem a tutela plena e adequada dos direitos fundamentais. É nesse espírito que privilegia mais o conteúdo do que o apego desmesurado à forma, assim como a busca de tutelas mais condizentes com a dignidade da pessoa humana que o Novo Código de Processo Civil foi elaborado, representando um marco no ordenamento pátrio. Faz-se necessário, então, conhecer os avanços e melhorias trazidos pelo novo CPC.

Para que se construa uma sociedade balizada pelos valores “éticos e emancipatórios” constitucionais, “o processo deve ser pensado sob o enfoque da cidadania ativa e solidária”¹⁵⁷, assim sendo, em seu artigo 6º¹⁵⁸ afirma que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si, para que se obtenha uma decisão de mérito justa e célere¹⁵⁹. Há, portanto, três modelos de processo, a saber: o isonômico, o assimétrico e o cooperativo¹⁶⁰. O processo isonômico preconiza que não há distinção entre o indivíduo, a sociedade e o Estado, havendo uma certa paridade entre eles, sendo a dialética requisito primordial para que se obtenha a resolução de litígios, priorizando, sempre, o contraditório e a boa-fé subjetiva, todavia a busca da verdade no processo “é uma tarefa exclusivamente das partes”¹⁶¹.

O modelo de processo assimétrico, por sua vez, centra-se numa separação entre os sujeitos processuais e o Estado que assume um papel assimétrico acima das partes, sendo o contraditório mera “bilateralidade da instância”; a boa-fé subjetiva dos sujeitos é importante, entretanto eles mesmos podem mentir, se desejarem, já que a função de descoberta na verdade do processo cabe, única e exclusivamente, ao Estado¹⁶².

O novo CPC, contudo, adota o modelo cooperativo de processo, que se estrutura em uma nova visão da relação processual entre sujeitos processuais e

¹⁵⁶ CAMBI, Eduardo, 2016, p.143.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Artigo 6º, CPC/15: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹⁵⁹ CAMBI, op cit., p.143-144.

¹⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um Processo Civil Cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p.73. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf>> Acesso em:14 mai. 2017.

¹⁶¹ Ibidem, p.74.

¹⁶² Idem, p.74.

entre os sujeitos e o Estado¹⁶³:

O processo cooperativo parte da idéia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica de seu turno necessariamente a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, perseguí-la.

Assim sendo, ao prezar por um processo colaborativo, o novo Código não preconiza uma relação de amizade ou camaradagem, mas de respeito entre as partes, entre o juiz e as partes e todos estes pelo processo, em si, já que o mais importante é a tutela jurisdicional célere, justa e eficiente.

Ao conduzir o contraditório, sempre respeitando os direitos fundamentais e a justiça da decisão, “impõe-se ao juiz os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio dos litigantes”¹⁶⁴. Dessa forma, antes de indeferir a petição inicial e indeferir o processo sem resolução de mérito (art.330,I¹⁶⁵ e 485,inc.I, NCPC¹⁶⁶) deve possibilitar que a petição inicial possa ser emendada (art.321, NCPC¹⁶⁷)¹⁶⁸.

Ao organizar o processo, o magistrado, ao verificar irregularidades ou vícios sanáveis, deve oportunizar a correção em prazo nunca inferior a 30 dias (art. 352, NCPC¹⁶⁹); ao proceder o saneamento do processo, quando a causa for de complexidade elevada em matéria de fato ou de direito, o juiz deverá designar

¹⁶³ MITIDIÉRO, Daniel, 2007, p.74-75.

¹⁶⁴ CAMBI, Eduardo, 2016, p.144.

¹⁶⁵ Artigo 330,I,CPC/15: “A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta”

¹⁶⁶ Artigo 485,inciso I, CPC/15: “O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial”

¹⁶⁷ Artigo 321, CPC/15: “O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

¹⁶⁸ CAMBI, Eduardo, 2016, p.144.

¹⁶⁹ Artigo 352,CPC/15: “Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias”.

audiência para que as partes possam cooperar na organização do processo, além de esclarecerem suas alegações, se necessário (art.357,§3º,NPCP¹⁷⁰), ¹⁷¹. O contraditório, por sua vez, será maximizado, para que não ocasione “decisões surpresas”, todavia privilegiando a celeridade processual, com o indeferimento de atos meramente protelatórios, pautando-se pela boa-fé objetiva das partes(art.187, CC/2002¹⁷² e arts. 5º¹⁷³e 10¹⁷⁴ do NPCP)¹⁷⁵.

O magistrado deve determinar, a qualquer tempo, o suprimento de pressupostos processuais assim como o saneamento de outros vícios (art.139,inc.IX, NPCP¹⁷⁶), mas também o relator, antes de inadmitir o recurso, deverá conceder prazo de 5 dias para que seja sanado o vício ou complementada a documentação(art.932,par.ún.,NPCP¹⁷⁷), impedindo que o processo tenha prosseguimento por simples erro material¹⁷⁸.

Outro aspecto importante introduzido pelo novo CPC é o dever de motivação, conforma explica Cambi¹⁷⁹:

A decisão, enfim, deve ser adequadamente motivada, assegurando pela completude da motivação, que os argumentos dos demandantes sejam, devidamente, apreciados, como manifestação final da dinâmica do contraditório, conforme está expresso no art.489,inc.IV,do NPCP¹⁸⁰(assim no original), sob pena de nulidade do ato judicial. Constatado a omissão na apreciação judicial, são cabíveis embargos de declaração, os quais devem primar pela qualidade da argumentação(e não pela mera repetição

¹⁷⁰ Artigo 357,§3º,CPC/15: “ Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

¹⁷¹ CAMBI, Eduardo, 2016, p.144.

¹⁷² Artigo 187, CC/2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁷³ Artigo 5º, CPC/15: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹⁷⁴ Artigo 10, CPC/15: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁷⁵ CAMBI, op cit., p.144-145.

¹⁷⁶ Artigo 139, inciso IX, CPC/15: “ O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IX -- determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”.

¹⁷⁷ Artigo 932, parágrafo único, CPC/15: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

¹⁷⁸ CAMBI, op cit., p.145.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Artigo 489,§1º, inciso IV, CPC/15: “ Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

enfadonha de argumentos já devidamente analisados), como bem estabelece o art.1.022,par.ún.,inc.II,do NCPC¹⁸¹, para inibir as hipóteses de ausência de fundamentação descritas no art.489,§1º,do NCPC¹⁸², merecendo serem acolhidos como meio capaz de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, não como um rito burocrático para que outros recursos sejam ajuizados. Por sua vez, o juízo de admissibilidade dos recursos não pode ser marcado pela inflexível submissão às formas(v.g., o preparo insuficiente não pode impedir a análise do mérito recursal, como bem determina o art.1.007,§2º,do NCPC¹⁸³, que oportuniza ao advogado da parte prévia intimação para suprir a insuficiência do valor do preparo).

O novo CPC exige também, de todas as partes integrantes do processo, um comportamento condizendo com a boa-fé subjetiva e objetiva, segundo inteligência do artigo 5º¹⁸⁴, sendo a boa-fé subjetiva caracterizada como um estado interno psicológico de cada sujeito, o novo CPC vai mais adiante e exige que o magistrado, as partes, advogados, terceiros, servidores, membros do Parquet, adotem a boa-fé como “regra de conduta”, baseadas pela honestidade, respeito, lealdade com os próprios interesses e dos outros envolvidos¹⁸⁵. Dessa forma, o NCPC protege e estimula a “honestidade de comportamento”, tutelando, através do artigo 5º, a boa-fé objetiva e subjetiva, aumentando a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas, mitigando os efeitos do individualismo. O processo “disciplinado pelo Direito Público, é uma conquista civilizatória, destinada a pacificação social, mediante a valorização da argumentação e do diálogo jurídico”, sempre pautados pela racionalidade e pela probidade das condutas¹⁸⁶. Assim sendo, o Novo Código de Processo Civil trouxe inúmeros outros avanços, impossíveis de

¹⁸¹ Artigo 1022,parágrafo único,inciso II, CPC/15: “Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

¹⁸² Artigo 489,§1º, CPC/15: “ Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

¹⁸³ Artigo 1007,§2º,CPC/15: “A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”.

¹⁸⁴ Artigo 5º, CPC/15: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹⁸⁵ CAMBI, Eduardo, 2016, p.145-146.

¹⁸⁶ Ibidem, p.146.

serem citados em espaço tão limitado, contudo é imprescindível fazer menção a mais alguns aspectos estruturais que o novo Código introduziu e incorporou para aperfeiçoar a tutela jurisdicional prestada.

7.1 VALORIZAÇÃO DA ATIVIDADE CRIATIVA DO JUDICIÁRIO

É inegável que com a constitucionalização do direito infraconstitucional e com a valorização dos princípios como normas jurídicas, o Poder Judiciário conquistou um enorme poder e uma grande responsabilidade; juízes e tribunais não são meros reprodutores de leis (“*bouche de la loi*”), mas sim operadores que interpretam a legislação, em cada caso concreto, concretizando os valores e princípios constitucionais, sempre respeitando os direitos fundamentais. O neoprocessualismo, por sua vez, intensificou esse processo e possibilitou ao magistrado, desde logo, pautar suas decisões com um olhar razoável e constitucional¹⁸⁷.

A interpretação requer o “penetrar na seara dos pensamentos, inspirações e linguagem” para que se possa compreender a profundidade e a complexidade daquilo que se interpreta, dessa forma não havendo uma “neutralidade no exercício da interpretação”, já que os fatores psicológicos, emocionais, intelectuais, experiências de vida do intérprete interferem no seu processo interpretativo¹⁸⁸.

Isto posto, será que os juízes, ao interpretarem, estariam legislando? O professor Mauro Cappelletti esclarece¹⁸⁹:

(...) Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador, se, em outras palavras, assumindo os juízes(ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes(ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.(...) Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do

¹⁸⁷ Artigo 1º, CPC/15: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

¹⁸⁸ HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição**: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012, p.107. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100985/314859.pdf?sequence=1>> Acesso em:14 mai. 2017.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.73-74.

direito, ambos são “law-making processes”. Mas diverso é o modo, ou se preferem o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

Importante salientar que essa liberdade para interpretar não pode ser confundida com arbitrariedade para julgar como bem entender, pois o “juiz intérprete não é um criador ilimitado, livre de vínculos”, pelo contrário, todo ordenamento jurídico civilizado tratou de estabelecer critérios para a liberdade judicial, pois deve o magistrado, ao julgar, apresentar argumentos racionais e razoáveis, não apoiando-se em “achismos”, convicções de foro íntimo, ideologias, preferências; na criatividade judicial, pois, deve ser sempre respeitada a “fronteira do bom senso”¹⁹⁰.

A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição cidadã, permitiu a inclusão de minorias antes marginalizadas e privilegiou os direitos fundamentais e os direitos sociais, entretanto os direitos sociais são feitos e construídos no tempo, com a evolução da sociedade e a ânsia por novas demandas sociais a sua execução dá-se com o correr do tempo, sendo a legislação social formada por “contornos programáticos”, permitindo que os direitos do presente não afetem a possibilidade de realização de direitos futuros, possuindo a criatividade judicial um enorme papel nessa construção¹⁹¹. A criatividade judicial, inclusive, possibilitou que minorias antes excluídas e sem visibilidade no cenário nacional pudessem ter os mesmos direitos jurídicos garantidos na Constituição por todos, conforme o importante julgado pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4. 277/DF¹⁹²:

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem

¹⁹⁰ HERZL, Ricardo Augusto, 2012, p.107-108.

¹⁹¹ Ibidem, p.108-109.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4. 277, Brasília/DF, 5 de maio de 2011, p.3-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ora, a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo foi um marco na igualdade constitucional entre homoafetivos e heteroafetivos, pautando-se, o Supremo, na equiparação de direitos e deveres jurídicos presentes na Constituição entre todos os cidadãos, não fazendo nenhuma ressalva quanto às pessoas homoafetivas. O poder criativo do Judiciário possibilitou a construção de pontes reais entre as garantias sociais e a realidade fática de minorias antes excluídas.

A expansão da atividade criativa do Judiciário, como percebe-se, é de extrema importância e significado para as minorias e movimentos sociais que lutam pelos direitos humanos. Nas palavras de Herzl¹⁹³:

Outra demonstração histórica e proporcional de necessidade de limitação ao crescimento dos poderes do estado legislador tem sido a constitucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais, exprimindo valores irrenunciáveis e supranacionais, normalmente expressos na forma de princípios (liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça, etc.). E foi, em grande medida, o caráter não explícito do conteúdo dos direitos fundamentais (cláusulas abertas) que permitiu aos juízes e tribunais constitucionais responder às necessidades de uma sociedade livre e pluralista, em constante evolução. Eis aqui mais uma das causas que impõe a necessidade da criatividade judiciária.

¹⁹³ HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição**: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012, p.111. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100985/314859.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

Nota-se, pois, que o Judiciário precisa impor seu caráter contramajoritário, para que faça valer os direitos de minorias ainda marginalizadas, tendo em vista um Legislativo, infelizmente, ainda muito conservador. Outro julgado de grande repercussão foi com relação a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo¹⁹⁴:

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Ora, o aborto de fetos anencéfalos não está expressamente previsto no Código Penal brasileiro¹⁹⁵, que positiva apenas duas hipóteses de aborto legal: em

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília/DF, 12 de abril de 2012, p.12-14. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>> Acesso em: 14 mai. 2017.

¹⁹⁵ Artigo 128, Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

caso de risco à gestante e estupro, contudo através da construção jurisprudencial foi possível permitir a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, preservando, assim, a dignidade da pessoa humana, a saúde emocional e psicológica da família, reafirmando a laicidade do Estado e assegurando um maior controle da mulher sobre o seu próprio corpo e sua saúde.

Outro marco de relevância social foi a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas¹⁹⁶:

De acordo com o artigo 5º, caput, da Constituição, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 - de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo. É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito - não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei. À toda evidência, não se ateuve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Logo, ao reafirmar a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas, o Supremo Tribunal Federal valeu-se de valores e princípios que respaldam o Estado Democrático de Direito, sendo a dignidade da pessoa humana o mais significativo, utilizando-se de uma discriminação positiva para com os afrodescendentes, para que eles possam, ao menos, reparar um pouco de uma história marcada pelo sofrimento da escravidão e do racismo, através de políticas afirmativas de inclusão social. Luís Roberto Barro vai além e afirma¹⁹⁷:

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº186, Brasília/DF, 26 de abril de 2012,p.4-5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em: 14 mai. 2017.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.477-478.

A legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral, que autoriza os parlamentares a tomarem decisões em nome do povo. Ao lado dos conceitos de eleições e do princípio majoritário, a ideia de democracia deliberativa não só comporta como exige um outro componente: uma representação argumentativa ou discursiva. O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral. Isso significa que uma decisão da corte suprema, para ser inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável. (...) A permeabilidade do Judiciário à sociedade não é em si negativa. Pelo contrário. Não é ruim que os juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social. Em grande medida, essa é a principal utilidade das audiências públicas que têm sido conduzidas, com maior frequência, pelo STF. Os magistrados, assim como as pessoas em geral, não são seres desenraizados, imunes ao processo social de formação de opiniões individuais. O que não se poderia aceitar é a conversão do Judiciário em mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. Ausente essa relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que a Corte dispõe para poder se impor, de forma contramajoritária, nos momentos em que isso seja necessário.

O Ministro Barroso vai mais além e arremata¹⁹⁸:

Este ponto é de extrema relevância: todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. É assim, alternando momentos de ativismo e autocontenção, que a jurisdição constitucional tem se consolidado em todas as democracias maduras como instrumento de mediação das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais.

Assim sendo, a expansão da criatividade judicial é de extrema importância para os jurisdicionados, ao passo que, ao se amoldar às mudanças sociais, históricas, culturais, o magistrado, especialmente o Supremo Tribunal Federal, pode dar respostas mais condizentes com os anseios da população, contudo, sem cair em discursos rasos, vazios e populistas, devendo ser, quando necessário, impopular e contramajoritário, para resguardar, principalmente, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Muitos argumentam, todavia, que o Poder Judiciário carece de legitimidade democrática, não podendo e nem devendo promover a criatividade judicial, pois seria uma ingerência no poder de legislar, no entanto, Ricardo Herzl sintetiza de forma clara cinco argumentos elencados por Mauro Cappelletti para

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.478.

refutar essa crença¹⁹⁹:

- i) Os cientistas políticos demonstraram amplamente que, mesmo diante de uma democracia ideal, a liderança legislativa e executiva nunca representará efetivamente a vontade do povo, mas sim a complexa estrutura política na qual grupos com interesses conflitantes manobram e disputam o poder;
- ii) A constante renovação dos membros dos tribunais superiores permite o controle da filosofia política da Corte, mormente no caso do Brasil, em que a indicação é feita geralmente pelos órgãos de classe, após passar por "sabatina" diante do Senado Federal, mas a nomeação é eminentemente política, por meio de ato privativo no presidente da república (CRFB, art. 84, XIV);
- iii) As decisões tomadas pelos tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, permitindo o acesso e a proteção de grupos minoritários (raciais, religiosos, econômicos, etc.) que, em tese, continuariam marginalizados por não terem condições mínimas para a tutela individual de seus direitos;
- iv) O processo jurisdicional, por seu peculiar respeito a certos direitos e garantias fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc.) é o meio que permite maior participação do interessado se comparado a outros processos da atividade pública;
- v) O conceito de democracia não pode ser reduzido à simples ideia de vontade da maioria; mais que isso, democracia está ligada à possibilidade de participação, tolerância e liberdade; neste sentido, o judiciário independente, suficientemente ativo, dinâmico e criativo, e que seja capaz de contrabalancear o crescimento dos demais poderes políticos pode contribuir em muito para a manutenção e construção da democracia.

Nas palavras de Cappelletti, um bom magistrado é aquele que²⁰⁰:

(...) consciente das limitações e fraquezas(...), sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circunspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos, e pelo contrário, dinâmico atrevimento em outros.(...) Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma compromisso partidário, de parcialidade portanto(...).

A criatividade judicial é de extrema importância para a garantia de direitos fundamentais, sociais, políticos, de minorias marginalizadas, assim como permite uma maior participação da sociedade no processo democrático, possibilitando avanços e mudanças constantes conforme as demandas sociais, respeitando, sempre, os limites constitucionais de atuação e uma argumentação lógica e razoável.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro, 1993, p.90 apud HERZL, Ricardo Augusto, 2012, p.114-115. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100985/314859.pdf?sequence=1> > Acesso em: 14 mai. 2017.

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro, 1993, p. 92.

7.2 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: CIVIL LAW OU COMMON LAW?

Costuma-se, quase sempre, associar o Direito brasileiro com o modelo do *civil law*, contudo o ordenamento jurídico pátrio é bastante miscigenado: há um direito constitucional inspirado no modelo estadunidense(com a consagração de várias garantias processuais, especialmente o devido processo legal); um direito infraconstitucional, especialmente o privado, inspirado no direito romano-germânico (França, Alemanha e Itália); há, também, o controle de constitucionalidade difuso(que se baseia no *judicial review* norte-americano) e concentrado(modelo austríaco); variadas codificações legislativas, traço marcante do *civil law*, contudo o Novo Código buscou valorizar um sistema de precedentes(súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo, etc), com clara inspiração do *common law*, ou seja, apesar de termos um sistema estruturado no modelo romano-germânico(especialmente o direito privado), há no Brasil a tutela de direitos coletivos bastante avançada e desenvolvida, sendo a tutela coletiva de direitos traço marcante do *common law*²⁰¹.

O Brasil é, pois, um país miscigenado e essa miscigenação não poderia ficar de fora do âmbito jurídico, incrementando e aperfeiçoando ainda mais do ordenamento pátrio. Apesar do sistema jurídico brasileiro ser considerado como de *civil law*, não basta apenas analisá-lo, conforme o professor Fredie Didier leciona²⁰²:

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa(característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência(marca do *common law*) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental(principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do *common law*.

Não há, dessa forma, “preconceitos jurídicos no Brasil”, pelo contrário, “busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente”, possibilitando que o sistema jurídico brasileiro dialogue com facilidade com esses dois grandes modelos jurídicos.

²⁰¹ DIDIER JR., Fredie, 2017, p. 67.

²⁰² Ibidem, p.68.

Um bom exemplo seria o devido processo legal, derivado do *common law* e a boa-fé objetiva, produto do *civil law*, presentes no ordenamento brasileiro e sendo utilizado por seus operadores sem maiores problemas, inclusive, tendo como uma construção doutrinária brasileira, a relação entre boa-fé processual e o devido processo legal²⁰³.

O Judiciário brasileiro vive em crise, abarrotado de processos e imerso, em grande parte, em morosidade, contudo um processo “não é mais uma ilha perdida no oceano da jurisdição”²⁰⁴. A sociedade clama por mais celeridade e eficiência, já que o processo é responsável por tutelas concretizadoras de direitos fundamentais, não sendo mais admissível, atualmente, sentenças que decidam questões de direito com sentenças antagônicas, mesmo havendo um entendimento pacificado das Cortes Superiores²⁰⁵. Assim afirma Marinoni²⁰⁶:

Se, em uma perspectiva geral, o significado do direito depende de uma outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica, então a interpretação judicial do Direito seja no nível ordinário(dos juízes de primeiro grau, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais com a formação da jurisprudência – fonte permanente de colaboração para a formação de precedentes pelos órgãos responsáveis), seja no nível extraordinário(das Cortes Supremas, isto é, do STF e do STJ com a formação de precedentes) conta como elemento de decisiva importância para a concretização da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade de todos perante o direito. Daí a razão pela qual os precedentes das Cortes Supremas constituem evidente enriquecimento do direito vigente e servem para lhe outorgar unidade – seja retrospectiva, resolvendo problemas interpretativos, seja prospectiva, desenvolvendo-o para atender às novas necessidades sociais. Vale dizer: valem como direito positivo.

Logo, o sistema de precedentes judiciais contribuirá sobremaneira para dar estabilidade e segurança jurídica tão almejada no cenário brasileiro, assim como possibilitará uma maior celeridade processual, tendo em vista a possibilidade de se utilizar a mesma decisão para casos semelhantes, todavia, diferentemente do que parcela da doutrina afirma, esse modelo de precedentes não engessará o ordenamento, haja vista a possibilidade de *distinguishing*(diferenciação) e *overruling*(superação) conferindo dinamismo e inovação ao ordenamento.

Outra importante inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), também chamado de

²⁰³ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.69.

²⁰⁴ HERZL, Ricardo Augusto, 2012, p.120.

²⁰⁵ Ibidem, p.120-121.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, 2016, p. 576.

litigância repetitiva ou seriada, abrangendo tanto as demandas homogêneas, “relativas a pretensões isomórficas, porque fundadas em relações substanciais análogas”, quanto a demandas heterogêneas e suas áreas homogêneas, ou seja, “questões comuns que se repetem em processos cujas pretensões são particularizadas”²⁰⁷. Nas palavras de Sofia Temer²⁰⁸:

Em brevíssima síntese, o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre o mesmo ponto de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídico, com o objetivo de fixar uma tese jurídica que será posteriormente aplicada no julgamento das demandas em que se discuta a referida questão. O incidente pode ser instaurado nos tribunais estaduais e regionais, a partir de processos que ilustrem a controvérsia sobre a questão de direito. Deverá ser oportunizada a participação da sociedade e de sujeitos interessados, para possibilitar que o tribunal atinja um padrão decisório excelente, que possa ser aplicado às demandas repetitivas.

O IRDR possibilita a formação de um “procedimento-modelo”, pois há apenas a decisão da questão de direito, limitando a cognição; a desistência da suposta “causa-piloto”, não obstará o prosseguimento do incidente, tramitando de forma independente de um conflito subjetivo, ratificando seu caráter objetivo, assim como o caráter objetivo facilita a sistemática processual, possibilitando que se aplique a tese às demandas de mesma questão²⁰⁹. Assim sendo, arremata Temer²¹⁰:

O incidente de resolução de demandas repetitivas não julga “causa”, mas apenas fixa tese, porque seu objeto está restrito às questões de direito – material ou processual – que se repetem em diversos processos. Não se analisam questões de fato e questões de direito heterogêneas, o que impede que se possa falar em julgamento da demanda, que depende necessariamente da análise da causa de pedir e do pedido.

O incidente, por sua vez, será instaurado baseando-se em alguns casos concretos, em que ocorra discussão de questão de direito; instaurado o incidente, “há uma separação em relação aos casos concretos, já que não há no IRDR a resolução de conflito subjetivo”. Essa separação é fundamental, para garantir a qualidade da análise do incidente, sem se ater às particularidades do caso concreto, para que, assim, a tese possa ser utilizada de modo genérico em vários casos, como

²⁰⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 27.

²⁰⁸ Ibidem, 2016, p.29.

²⁰⁹ TEMER, Sofia, 2016, p.69-70.

²¹⁰ Ibidem, p.70.

um padrão decisório²¹¹. Logo, o IRDR preocupa-se, sobremaneira, com a tutela do direito objetivo, com a coerência e estabilidade do ordenamento jurídico; já os direitos subjetivos, apenas serão tutelados posteriormente, com a aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos²¹². Nas palavras de Temer²¹³:

Por isso, entendemos que a atividade cognitivo-decisória realizada no IRDR é uma mescla de abstração (por descolar-se de conflitos subjetivos ou lides específicas) e de concretude (por não ignorar as circunstâncias fáticas ocorridas nas situações repetitivas que motivaram a instauração do IRDR e pela necessidade de solucionar a controvérsia e fixar uma tese que esteja contextualizada com realidade e com as situações concretas que virá a regular).

Qual a importância do IRDR para o processo, então? Basicamente, três: isonomia, segurança jurídica e celeridade processual. Ao proporcionar um tratamento uniforme aos jurisdicionados, através da fixação da tese jurídica, o IRDR possibilita que a mesma “questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação”²¹⁴. A isonomia, ainda, permite uma maior estabilidade e segurança jurídica nas relações, ao fixar um único entendimento adequado.

O incidente contribui para a diminuição da quantidade enorme de processos do Judiciário, aumentando a celeridade processual e concretizando o direito à razoável duração do processo²¹⁵. É importante, ainda, salientar, que o IRDR inspirou-se no *Musterverfahren* ou procedimento-modelo alemão, adaptando-o às peculiaridades do contexto brasileiro.

Outra importante ferramenta trazida pelo Novo CPC foi o Incidente de Assunção de Competência, segundo inteligência do artigo 947, CPC/15:

Artigo 947: É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator propondá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

²¹¹ Ibidem, p.73.

²¹² TEMER, Sofia, 2016, p. 80.

²¹³ Ibidem, p.89.

²¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. 2014,p.133 apud TEMER, Sofia, 2016, p. 39.

²¹⁵ TEMER, Sofia, 2016, p.40-41.

§ 3o O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4o Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

Lendo o artigo acima, percebe-se a importância da estabilidade processual, da segurança jurídica, assim como da economia e da celeridade processual como pilares relevantes com o qual o Novo Código conferiu maior relevo, contudo, claro, sem perder a qualidade do julgamento. Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil buscou inovar, trazendo elementos estrangeiros e adaptando-os à realidade brasileira, aperfeiçoando o ordenamento pátrio.

O professor Didier afirma que “é preciso romper com o dogma da ascendência genética”, restringindo o Direito processual civil brasileiro a “essa ou àquela tradição jurídica”²¹⁶, todavia o Direito brasileiro absorve diferentes modelos estrangeiros e utiliza, adaptando à sua realidade, as melhores técnicas e teorias alienígenas que aperfeiçoem a doutrina nacional, como numa espécie de “antropofagia jurídica”, enriquecendo-se e, criticamente, tonalizando as doutrinas estrangeiras de verde e amarelo.

O Novo Código, alicerçado no neoconstitucionalismo e no neoprocessualismo não é para covardes, pelo contrário, necessita de ousadia e de muita coragem. Cambi sintetiza bem esses desafios, mais especificamente do neoprocessualismo²¹⁷:

O neoprocessualismo, destarte, implica coragem para romper com as amarras do positivismo e do formalismo jurídicos, concebendo o processo como um veículo de tutela dos direitos materiais. Para tanto, é preciso ter percepção aguçada para, na medida do possível, assimilar os avanços trazidos pelo Novo Código de Processo Civil e, por meio da doutrina e da jurisprudência, ampliar o alcance dos princípios da instrumentalidade das formas, da fungibilidade dos atos processuais, da colaboração e da boa-fé processuais.

O neoprocessualismo e o Novo Código de Processo Civil vieram para ficar, ambos são realidades já consolidadas e aceitas pela grande maioria. Os dois, por sua vez, trouxeram inúmeros avanços e transformações na forma de se perceber e se utilizar o processo, alterando toda uma cultura jurídica de gerações.

²¹⁶ DIDIER JR., Fredie, 2017, p.69.

²¹⁷ CAMBI, Eduardo, 2016, p.149.

O Direito sofre influências que o transformam continuamente, pois um organismo vivo, sejam elas culturais, sociais, históricas, políticas, econômicas, ou seja, ou o jurista adapta-se a esse “darwinismo jurídico” ou tende a padecer nas estantes empoeiradas da história.

8 CONCLUSÃO

O direito é um organismo vivo e encontra-se sempre em transformação, dialogando com os mais variados aspectos históricos, culturais, sociais das civilizações e necessitando dar respostas eficazes a suas diferentes demandas em épocas diversas. Por isso, tão importante a reconstrução histórica feita ao longo do presente trabalho, iniciando com o Direito na Grécia antiga, perpassando pela Idade Média, o Estado Moderno e todos os seus modelos de constitucionalismos, com suas revoluções e rupturas de paradigmas que originaram novas aspirações jurídicas.

Já no positivismo jurídico, em que o Poder Legislativo era tudo e o juiz não passava da “boca que dizia a lei” (*bouche de la loi*), o Poder Judiciário era bem reduzido, refletindo o gigantismo dos legisladores que tudo podiam, contribuindo com a tirania do executivo e do legislativo²¹⁸. Ocorre que o positivismo entrou em crise, pois as demandas sociais de grupos antes marginalizados foram elevadas a outro patamar, não sendo a codificação legal suficiente para atender a maioria das reivindicações.

A Segunda Guerra Mundial foi responsável por mostrar, através do nazismo, que a crueldade não tem limites e, por isso, foi necessária a criação de uma nova forma de pensar e conceber as Constituições, não como meros textos legais, mas como expressão máxima de direitos fundamentais, tendo como seu epicentro a proteção da dignidade da pessoa humana. A Constituição, por sua vez, impregnou todo o sistema infraconstitucional com sua ótica constitucionalista, possibilitando uma visão mais humana e conferindo tutelas mais condizentes com os direitos fundamentais, originando o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo proporcionou uma reviravolta, promovendo uma Nova Hermenêutica²¹⁹, em que nem todos os casos concretos podem ser resolvidos pelo método da subsunção, mas precisam de todo um aparato argumentativo, racional e razoável. O neoconstitucionalismo, inclusive, deu frutos, originando o neoprocessualismo.

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, 2001, p. 272.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo, 2015, p. 666-667.

O neoprocessualismo rompeu com paradigmas processuais, oferecendo uma nova forma de se conceber e pensar o processo, especialmente inspirando e fornecendo o substrato para a confecção do Novo Código de Processo Civil que, em seu primeiro artigo, já explicita um novo modelo²²⁰.

O Novo CPC não é uma releitura, uma revisão, ou um emaranhado de mudanças pontuais, pelo contrário: é um novo código, com novos alicerces, nova forma de pensar e tutelar o Processo Civil brasileiro. É preciso, pois, coragem para romper com as barreiras do fetichismo das formas²²¹ e com o formalismo excessivo, fomentando uma nova concepção de se fazer processo, sempre pautado por uma ótica constitucionalista e dos direitos fundamentais. Dizem que a primeira impressão é a que fica: e, de fato, o Novo Código de Processo Civil brasileiro, já em seu início, mostrou a que veio e chegou para ficar.

²²⁰ Artigo 1º, CPC/15: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

²²¹ CAMBI, Eduardo, 2016, p.143.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

ARAD, Belzec, p.30-7, 75-80 apud EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em Guerra: como os nazistas conduziram a Alemanha da conquista ao desastre (1939-1945)**. Tradução de Lúcia Brito e Solange Pinheiro. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, 2007, nº15, p.13-14. Disponível em: <
http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf
> Acesso em: 12 mai. 2017.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNETT, Hilaire. **Constitutional and Administrative Law**. Fourth Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. (Tradução nossa).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4. 277, Brasília/DF, 5 de maio de 2011, p.3-4. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.
Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº186, Brasília/DF, 26 de abril de 2012, p.4-5. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>
Acesso em: 14 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília/DF, 12 de abril de 2012, p.12-14. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>> Acesso em: 14 de maio de 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Tradução de Fernando Sá. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 2001, vol.20, p. 268. Disponível em: < <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71892/40768>> Acesso em: 07 mai. 2017.

CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra?: Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis: novel espécie de judicial review? **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, 2007, vol. 62, p.27-28. Disponível em: < http://download.rj.gov.br/documentos/10112/749096/DLFE-45548.pdf/Revista_62_Doutrina_pg_27_a_44.pdf> Acesso em: 03 mai. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: **Juspodivm**, 2017.

EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich em Guerra**: como os nazistas conduziram a Alemanha da conquista ao desastre (1939-1945). Tradução de Lúcia Brito e Solange Pinheiro. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4 ed. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução e Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimp. 2002.

HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição**: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012, p.107. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100985/314859.pdf?sequence=1>> Acesso em: 14 mai. 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, 2014, Florianópolis, v.35, nº 69, p. 310. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301/28393> Acesso em: 12 mai. 2017.

LEITE, Gisele. **Neopositivismo, Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?**. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Periódico da Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Processual da UERJ, volume IX, nº9, 2012, p.232. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20376/14708>> Acesso em: 12 mai. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, nº139, 1998, p.6-7. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 12 mai. 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um Processo Civil Cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p.73. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf>> Acesso em: 14 mai. 2017.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. 2. tiragem. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. 2017. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm> Acesso em: 12 mai. 2017.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional**. Tradução nossa. Doxa, v.21 II, p.339. Disponível em: < https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf> Acesso em: 10 mai. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Oxford University Press, 2010. (Tradução nossa).

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm,2016

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003, p.38. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25340495/gustavo-zagrebelsky-el-derecho-ductil---ley-derechos-justicia>> Acesso em: 07 mai. 2017.