

**NO NEOCONSTITUCIONALISMO, O NEOPROCESSUALISMO:
SOBRE A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E SEU USO
INDISCRIMINADO**

***IN NEOCONSTITUTIONALISM, THE NEW PROCEDURALIST THEORY:
ON THE EFFECTIVENESS OF NORMATIVE PRINCIPLES AND THEIR
INDISCRIMINATE USE***

Plínio Régis Baima de Almeida

RESUMO

O neoconstitucionalismo como nova fase do pensamento jurídico possibilitou uma releitura do direito a partir dos ditames constitucionais. Em razão da constitucionalização de outros ramos do direito, o processo também se modificou, exigindo uma adaptação de suas normas. A eficácia normativa dos princípios apresenta-se como uma das principais características dessa nova fase constitucional. O uso excessivo de princípios na atividade hermenêutica, contudo, vem gerando críticas por parte da doutrina. O juiz, para melhor equilibrar sua atuação, deverá, quando da utilização de princípios, suportar o ônus de legitimar sua própria competência. No mais, deverá analisar os potenciais efeitos do seu uso para além da sua decisão no caso concreto.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Neoprocessualismo; Princípios; Eficácia Normativa.

ABSTRACT

The neoconstitutionalism as a new phase of legal thought possible a reinterpretation of the law from constitutional principles. Due to the constitutionalization of other branches of the law, the process has also changed, requiring an adaptation of their norms. The effectiveness of those rules is presented as one of the main characteristics of this new constitutional phase. Excessive use of hermeneutical principles in activity, however, has generated criticism of the doctrine. The judge, to better balance its activities, shall, when the use of principles, bear the burden of legitimizing its own jurisdiction. At the most, you should analyze the potential effects of its use beyond its decision in this case.

Keywords: neoconstitutionalism; the new proceduralist theory; principles; Normative Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do direito vem, nas últimas décadas, convergindo para um debate em torno da Constituição e de seu valor normativo. Essa preocupação revela um esforço teórico em assentar a Constituição no topo do ordenamento jurídico, fazendo com que sua normatividade reverbere para todos os ramos do direito.

Um dos ramos afetados por essa nova tendência é o direito processual. Um novo processo exsurge diante da necessidade de uma releitura de seus princípios e regras, agora sob o enfoque de valores depositados na Constituição.

Dissertar-se-á, pois, a respeito dessa nova fase do pensamento jurídico de essência constitucional, bem como sobre sua vertente processual, mais comumente conhecida como neoprocessualismo.

Após discorrer sobre esse novo modelo processual, dialogar-se-á a respeito de importantes características da atual fase do constitucionalismo, igualmente caras ao processo, com ênfase na eficácia normativa dos princípios.

Ao final, pretende-se lançar um olhar crítico a respeito da utilização dos princípios, de sua opção pelo aplicador do direito em detrimento do uso das regras e do perigo do seu uso excessivo e indiscriminado para valores que revestem o Estado de Direito Democrático brasileiro.

2. SOBRE A NOVA CULTURA JURÍDICA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Neoconstitucionalismo é o nome mais comumente utilizado para destacar a atual fase do pensamento jurídico¹. Conquanto haja inevitável discussão a respeito da corrente

¹ Alguns estudiosos utilizando-se do neologismo “pós-positivismo” como sinônimo. Outros, como Fredie Didier Jr., preferem o termo “neopositivismo” (DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 257-263).

designação (ou mesmo sobre a existência dessa fase), não será a eventual imprecisão terminológica objeto de análise neste artigo.

Parte considerável de autores que defende essa nova fase do atual direito finca seu referencial histórico no pós-Segunda Guerra². Surgiu o neconstitucionalismo, pois, após a derrota de regimes totalitários nazifascistas, com a necessidade de se criar um “catálogo” de direitos e garantias fundamentais e de uma jurisdição constitucional que desse suporte a essa revigorada força constitucional.

A lei era vista antes como expressão do bem comum. Chegou a se considerar, por exemplo, o Código de Napoleão, que influenciou profundamente o pensamento jurídico de sua época aos dias atuais, como a única fonte do direito civil. Essa visão pretendia, dentre outros interesses, evitar o arbítrio estatal com as decisões judiciais e, como forma de controlar a atividade jurisdicional, as decisões judiciais deveriam se subsumir aos dispositivos legais.

Do estudo e exposição do Código de Napoleão, surge a chamada escola da exegese como, segundo Bobbio (2006, p. 83), “... técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código”. Uma das características mais marcantes dessa escola é a interpretação da lei com base na chamada vontade do legislador.

A escola da exegese é comumente utilizada pelos neoconstitucionalistas como símbolo a contrapor a atual fase do direito. Não se pode, não obstante, ignorar a existência e a importância de outras escolas do positivismo jurídico.

A ineficiência do poder público em dar vivacidade às proposições legislativas, criando-se uma sensação de permanente frustração quanto a um direito socialmente conquistado e devidamente inserido na Constituição, mas sem força modificadora da realidade, indicou, contudo, que o papel político do Estado não poderia se limitar ao processo legislativo.

² Nesse sentido, v.g, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O direito passa a ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, e não mais a lei seria, obedecidas as regras de procedimento legislativo, a única expressão desse direito. Não é porque a lei expressava a vontade do legislador que se tornaria, em razão disso, legítima.

A ideia de superação de um paradigma pautado na lei e na validade formal do direito evidencia mais do que a necessidade em dar contornos reais às conquistas históricas delineadas no corpo constitucional. Revela, acima de tudo, que a legitimidade, no Estado Democrático de Direito, não retira do processo legislativo seu fundamento de validade, nem a ele se limita. A legitimidade advém do povo soberano, sendo o legislativo (assim como as demais funções estatais) instrumento facilitador da realização e da efetivação do direito ao seu destinatário.

No cenário brasileiro, a “onda” de direitos que surge a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 derivou-se dos mais variados nortes, a exemplo da simplificação do acesso ao judiciário, acarretando, por consequência, numa expansão da atividade jurisdicional.

Diante da eminente crise de representatividade, busca-se hoje uma democracia material, ou seja, de um governo voltado para o povo. Com a cisão entre direito e lei, podendo essa romper com a noção de justiça encartada no texto constitucional, a democracia substancial ou material preocupa-se com o conteúdo, mesmo que mínimo, do Estado Democrático de Direito, buscando a efetivação de direitos fundamentais.

A dificuldade em contextualizar suas atribuições institucionais gerou, para o legislativo e para o executivo, a atual crise de representatividade e de legitimidade. Muito se deve esse superdimensionamento da atuação do judiciário, portanto, à incapacidade das demais funções estatais em acompanhar as contingências da sociedade contemporânea, atendendo aos seus imediatismos e, em especial, efetivando os direitos fundamentais encartados na Constituição.

A Constituição, antes enxergada como um conjunto de “normas-promessa”, ganhou vigor normativo capaz de permitir transformações sociais. O reconhecimento de normatividade às regras e aos princípios constitucionais rompeu com o constitucionalismo clássico. Esse reconhecimento afastou, pois, a ideia de que o texto constitucional abarcaria programas futuros, declarações políticas, sem densidade normativa. Ou seja, busca-se abandonar a ideia de Constituição programática.

É dizer, na atual fase do constitucionalismo entendeu-se pela necessidade premente de efetivação da Constituição, optando pela transferência de responsabilidade de parte significativa de sua conformação ao judiciário, o que antes era bastante concentrada na esfera política do legislativo e do executivo.

No constitucionalismo atual, portanto, a lei passou a se submeter à Constituição, perdendo espaço como fonte central do direito. A figura do juiz se tornou mais incisiva, assumindo um mister constitucional, não mais sendo obrigado a reproduzir os ditames legais em suas decisões.

3. NEOPROCESSUALISMO

Diante de um constitucionalismo mais pragmático, mais preocupado com a realização constitucional, a justaposição com os demais ramos do direito era medida inevitável. À medida que se impunha a necessidade de efetivar um direito fundamental, os diversos ramos do direito envolvidos viam-se obrigados a dialogar intensamente com a Constituição, acarretando mais e mais a constitucionalização desses ramos.

Sanchis adverte (2007, p. 216) que, mesmo hoje óbvia e difundida a ideia de constitucionalização do direito, essa forma de interpretar encontrava dificuldade de aceitação há pouco tempo, citando como exemplo a resistência no final dos anos setenta do século passado na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol.

O neoconstitucionalismo transformou a Constituição em início e fim para a interpretação jurídica. Nessa esteira, e em razão da constitucionalização de outros ramos do direito, o processo também se constitucionalizou, sofrendo significativas mudanças nos seus

fundamentos. Agra atribui esse afastamento da primazia da lei à reafirmação da força normativa da Constituição (2008, p. 436):

Essa revisitação do fenômeno constitucional parte do pressuposto da reafirmação da força normativa da Constituição e sua consequente densificação. Assim, com seu fortalecimento, em que a imperatividade de suas normas atinge todas as searas do Direito, surge uma legalidade superior à legalidade ordinária, deslocando a primazia do legislador infraconstitucional para o cumprimento da vontade do sujeito constituinte, composto de forma plural pelos mais variados segmentos da sociedade.

A constitucionalização dos direitos e garantias processuais resultou no fenômeno da descodificação, porque retirou a posição central do Código de Processo Civil na seara do direito processual, revelando um novo caráter publicístico do processo. O processo, nesse sentido, voltou-se mais para a realização da justiça e menos como mecanismo de utilização individual.

Do praxismo, em que não se reconhecia diferença entre direito (material) e processo, ao processualismo, onde essa diferença é delimitada. Do instrumentalismo, cuja função do processo é efetivar o direito material, a uma nova tendência do processo que segue a reboque o neoconstitucionalismo (ou se apresenta como uma amostra processual dessa nova fase do pensamento jurídico), em que a constitucionalização dos direitos vem proporcionando uma inserção ético-moral ao direito processual, com destaque “[...] a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual [...]” (DIDIER JR., 2010. p. 263).

Importante afirmar que não existiu, como ocorreu com a passagem do praxismo para o processualismo, uma superação deste e do instrumentalismo. As conquistas realizadas nessas fases se mantêm no neoprocessualismo. O que há, em verdade, é uma releitura do papel do direito processual, agora voltado a se conduzir constitucionalmente com o objetivo de conformar o próprio conteúdo constitucional, através da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

De acordo com o que foi aqui esboçado, assinala Sampaio Júnior (2010, p. 430) que “os direitos e garantias fundamentais [...] são quem comandam todo esse processo de compreensão da Constituição como centro do ordenamento jurídico e de um processo que

tenha como premissa a concretização desses direitos em cada caso concreto [...]”. Em seguida, complementa o autor (2010, p. 431):

Dentro dessa perspectiva, observa-se facilmente que os direitos e garantias fundamentais que tratam da forma de se assegurar os direitos em geral são juridicamente o alicerce para o neoprocessualismo (processo constitucional em nossa visão), já que toda a leitura e a conseqüente (sic) aplicação das normas criadas pós Constituição passam compulsoriamente por eles, não como guias abstratos aos juristas, mas como elementos que devem necessariamente ser materializados por meio do processo com amparo direto da Carta Maior.

Apresenta o jurista supracitado, nessa perspectiva, a ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem ser concretizados por meio do processo. Mais do que isso, os direitos e garantias fundamentais remodelam e formatam o arquétipo processual exatamente para atender a essa nova demanda, como que atuando no antecedente e no conseqüente processual.

A inafastabilidade da jurisdição prevista no inciso XXXV, artigo 5º, da CF/88 (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), somada à crise de representatividade do executivo e do legislativo promoveu ao judiciário, como já mencionado, a atual posição de destaque.

A atuação do judiciário é pautada hoje especialmente na busca de efetivação das normas constitucionais, dando sentido real e pragmático aos direitos e garantias fundamentais nelas dispostos. Existe, pois, um interesse público que ultrapassa o interesse das partes envolvidas em litígio e que deve ser perquirido na atividade jurisdicional.

A controvérsia debatida no processo não mais pode ser vista como um interesse egoísta das partes. Ela, na verdade, deve ser vista como algo que transcende esses interesses.

Em razão dessa nova finalidade do direito, pautado na materialização das premissas dispostas na Constituição, é que o processo precisou mudar. A preocupação em conformar as normas constitucionais não permitia mais ao processo limitar-se exclusivamente aos interesses das partes.

Por isso a importância de se reconhecer, por exemplo, a insubsistência de um direito de acesso à justiça apenas formal, pautado somente na possibilidade de ingresso em juízo, sem qualquer segurança quanto à efetividade do direito. Na visão de Cambi (2006, p. 674),

[...] Ao se incluir no rol do art. 5º da CF a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa).

O Código de Processo Civil brasileiro, de tradição individualista, reserva, com base no princípio dispositivo, a sorte do processo à vontade das partes. Com a alteração do modelo de direitos de cunho patrimonial para a tutela de direitos extrapatrimoniais, é preciso, como bem afirma Gozáni (2006, p. 228), “[...] encontrar un mecanismo que trascienda la respuesta al grupo afectado, a la comunidad alterada, a la sociedad em general”. Talvez seja essa uma das razões pela qual se espera com certa ânsia a aprovação do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010).

4. A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E SEU USO INDISCRIMINADO

A opção por um constitucionalismo de efetividade não se deu, por óbvio, tão-somente pela inspiração de alguns teóricos. Algumas características se somaram a fim de rebelar um novo modelo de Estado, agora não mais fundado na lei, mas sim repousado na Constituição.

Moreira (2008, p. 73) elenca sete pressupostos sem os quais não se poderia falar em Estado Constitucional de Direito. A rigidez constitucional, a existência da jurisdição constitucional e a força vinculante da Constituição seriam os chamados pressupostos de natureza formal, reconhecendo, por oportuno, que essas características já se encontravam presentes na formação do constitucionalismo.

Classifica, ainda, como pressupostos materiais “[...] a aplicação direta das normas constitucionais, a sobreinterpretação, a interpretação conforme a Constituição e a influência da Constituição sobre as relações políticas” (2008, p. 73).

A sobreinterpretação da Constituição seria, no entendimento do autor, a interpretação adotada no neoconstitucionalismo. Nesse modelo, os princípios ganharam acentuado destaque como fonte principal a reger a aplicação de todo o ordenamento jurídico, sendo essa característica, pois, segundo Moreira, a mais importante do processo de constitucionalização do direito. “[...] Por isso, toda e qualquer norma jurídica – não só as leis, mas a sua concretização, a jurisprudência – deve condicionar-se à sobreinterpretação dos princípios jusfundamentais” (2008, p. 83).

Ao dissertar sobre neoprocessualismo, Didier Jr. também destaca a eficácia normativa dos princípios como uma das principais características do pensamento jurídico contemporâneo³. Logo após, denunciando “[...] os abusos e incompreensões que o ‘oba-oba’ em torno dessas transformações tem causado” (2010, p. 261), adverte sobre a supervalorização das normas-princípio em detrimento das normas-regra.

A grande preocupação que surge é, pois, o de saber se, diante do novo pensamento jurídico que privilegia o dizer do juiz, a aplicação exacerbada de princípios não geraria deficiências capazes de comprometer o próprio sistema jurídico.

Para a atuação do Judiciário nos moldes aqui descritos, alguns elementos se fizeram necessários porque férteis à condução desse novo paradigma. Eis algumas ferramentas arregimentadas pelo novo modelo, algumas delas inclusive já citadas neste texto: a) força normativa da Constituição; b) efetivação de direitos fundamentais; c) possibilidade de reconhecimento de mutação constitucional⁴; d) abertura semântica da Constituição; e) enxurrada principiológica e “subsunção valorativa” dos princípios em detrimento das regras.

Parte significativa da atuação jurídica se fundamenta hoje nessas questões. Não obstante, a preocupação maior desse estudo, como já adiantado, repousa na utilização exagerada de princípios em detrimento de normas-regra.

³ Agra também destaca o importante papel desempenhado pelos princípios na atual fase do pensamento jurídico contemporâneo (2008, p. 445).

⁴ Mesmo que em alguns casos a mutação seja contra o texto constitucional (contra *constitutionem*), a exemplo da Reclamação 4335/AC.

Há casos em que os princípios, que serviriam “... para abrir e enriquecer a cadeia argumentativa...” (NEVES, 2014), apresentam-se como meio e fim de uma mesma cadeia, renegando-se às regras a qualidade de fechar o argumento.

Com a textura aberta ou “indeterminações normativas”, como melhor acentua Sundfeld (2011, p. 287), a especificação do conteúdo dos princípios é monopolizado pelo Poder Judiciário, mesmo não existindo “... fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios...” (SUNDFELD, 2011, p. 287).

O que se vê é uma preocupação imediatista com a aplicação de princípios para a solução de casos sem a sua devida construção hermenêutica. O princípio se revela, portanto, capa moral e não conteúdo, ou mesmo escudo que esconde certa preguiça do aplicador⁵, dificultando posteriormente sua reapreciação porque fundado em bases quase teológicas.

Noutro cenário, em que princípios são utilizados não para fundamentar decisões, mas para justificar a própria conduta do magistrado, esse imediatismo parece ainda mais grave. Pode-se destacar a incorporação do princípio da celeridade processual em executivos fiscais e o quanto a ânsia pelo término do processo vem justificando a extinção prematura em massa dessas execuções. O reconhecimento da prescrição intercorrente *ex officio* pelo magistrado nos serve como importante paradigma.

O processo civil brasileiro tem encampado propostas legislativas que visam o reconhecimento de ofício da prescrição pelo Juiz, independentemente da matéria versada nos autos. Assim ocorreu, recentemente, com a lei 11.280/2006, que, alterando o §5º do art. 219 do CPC, passou a admitir expressamente a decretação de ofício da prescrição.

A lei 11.051/2004, que alterou a Lei 6.830/80 (Lei de execuções fiscais), por sua vez, em um momento anterior, já permitira a decretação de ofício da prescrição intercorrente em execuções fiscais. O referido diploma, no entanto, estabeleceu procedimento próprio para o reconhecimento da prescrição intercorrente e consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

⁵ Referência ao título do artigo de Sundfeld (2011, p. 287).

O magistrado suspenderá a execução fiscal caso não seja localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. Decorrido o prazo de 1 (um) ano, o juiz determinará o arquivamento dos autos. Se da data que ordenou o arquivamento houver transcorrido 5 (cinco) anos (prazo quinquenal), o juiz, ouvida a Fazenda Pública, reconhecerá e decretará a prescrição intercorrente⁶.

A prescrição intercorrente só tem seu termo “a quo” a partir do momento em que existe expressamente nos autos uma decisão de arquivamento. O dispositivo em destaque não dá margem a quaisquer técnicas interpretativas se não à interpretação gramatical da norma⁷.

Mesmo diante de uma regra procedimental, o dispositivo é hodiernamente desrespeitado. Ou porque não se respeita o termo *a quo* prescricional, optando o magistrado em declarar a prescrição intercorrente em qualquer momento processual (v.g., execução fiscal que esteja tramitando a mais de 5 (cinco) anos, mas sem qualquer ordem de arquivamento), ou porque a Fazenda Pública não é intimada a se manifestar a respeito de eventual prescrição.

O uso abusivo de princípios vem acarretando o fortalecimento de “células morais” que, de tão resistentes a antibióticos argumentativos, podem perfeitamente servir a regimes de viés autoritário. No mais, vem igualmente proporcionando uma atuação atropelada do magistrado, confundindo, como se viu, extinção prematura com celeridade e duração razoável do processo.

É como se o princípio, nesse modelo de disposição, não possuísse qualquer textura, qualquer atrito capaz de possibilitar aderência ou choque com outros argumentos. Seria como prender ar com a mão. Neves (2014) cita, como exemplo que aqui se encaixa, voto de

⁶ Nesse sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4ª ed., São Paulo: Dialética, 2006, p. 295.

⁷ Para melhor compreensão, transcreve-se o dispositivo em análise: Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4 Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

Ministro do STF que, mesmo diante de regras constitucionais palpáveis, lança mão de argumento exclusivamente principiológico para sustentar a inconstitucionalidade da chamada “briga de galo”.

De qualquer forma, o ativismo impulsionado pela atual fase do pensamento jurídico (neoconstitucionalismo e sua vertente processual) nos parece uma constante sem retrocesso. E é importante sim para a formatação e conformação da nossa democracia, com a efetivação de direitos e de garantias fundamentais. O que se critica é o uso indiscriminado e, principalmente, vulgarizado e banalizado de indeterminações normativas sem a preocupação com os efeitos negativos, mediatos e a longo prazo, que podem produzir.

A inexistência de reconhecimento de limites institucionais e constitucionais leva a interpretações inclusive contra o próprio texto constitucional, como é o caso do julgamento da Reclamação 4335/AC, esvaziando a atuação dos demais poderes da república.

Não se trata aqui de nenhuma visão fatalista ou despropositada. Da mesma forma que não se pode abraçar irracionalmente a atual tendência messiânica do judiciário brasileiro pregado euforicamente por alguns juristas. Democracia é sim conflito, mas esse conflito é conduzido com a finalidade de se buscar sempre o equilíbrio entre as forças atuantes no Estado.

Sundfeld, diante da inafastabilidade do ativismo judicial, lança uma ideia que nos parece bastante coerente: diante da inexistência de presunção absoluta de que compete ao Judiciário, e não a outros órgãos, formular soluções jurídicas a partir de princípios, deverá o magistrado inicialmente suportar o ônus de legitimar a sua própria competência no caso em que analisa. “(...) É preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador ou do administrador” (2011, p. 299).

Acrescenta-se ao raciocínio de Sundfeld que, tratando-se de aparente injunção em atividades inerentes aos demais poderes, é preciso que o magistrado avalie sua conduta diante

de eventuais efeitos que possam influenciar, positiva e negativamente, outros valores caros à nossa Constituição, como é o caso da democracia. E isso não deve ser feito apenas analisando os eventuais efeitos a serem produzidos diante de um caso concreto. Deverá ele, por meio de exercício cognitivo, projetar-se para o futuro com o objetivo de avaliar se sua conduta não poderá gerar efeitos danosos, v.g., a outros direitos fundamentais não discutidos no caso analisado.

Nesse sentido, o exercício de ponderação de princípios não deve se limitar apenas eventuais princípios colidentes de fácil percepção diante do caso a ser analisado. O julgador deve olhar também para aqueles princípios que, mesmo não tão aparentes diante do caso concreto, sofrerão influência da decisão no futuro, ocasionando ganhos ou perdas para o modelo republicano e democrático adotado pelo Constituinte.

5. CONCLUSÃO

A nova fase do pensamento jurídico, por muitos juristas denominado neoconstitucionalismo, trouxe a lume a valorização da interpretação do direito a partir dos valores concebidos pela Constituição. Esse fenômeno de constitucionalização do direito acabou por contaminar os diversos ramos da ciência jurídica, determinando uma releitura de regras e princípios já consagrados a partir dos valores constitucionais.

O processo, como ramo do direito, também foi afetado por essa nova tendência neoconstitucionalista. A Constitucionalização do direito processual (neoprocessualismo), portanto, exigiu uma adaptação de suas normas (regras e princípios), ou através de incorporação de normas processuais à Constituição ou mesmo com o cuidado de interpretar/aplicar as normas infraconstitucionais visando à conformação dos valores constitucionais.

Um das principais características do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo é a eficácia normativa dos princípios. Contudo, seu uso abusivo, tanto na atividade hermenêutica quanto como verdadeira norma de conduta para o magistrado, vem gerando fortes críticas por parte da doutrina.

Diante de uma aparente impossibilidade de retrocesso quanto ao uso dos princípios e quanto ao fortalecimento da atividade criativa do juiz, deverá ele suportar o ônus de legitimar a sua própria competência no caso em que analisa. No mais, entende-se que o magistrado deve avaliar os potenciais efeitos futuros de sua decisão para além do caso concreto, como, por exemplo, em que medida essa decisão influenciará no equilíbrio da nossa democracia.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? Coord(s). DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. São Paulo: Método, 2008, p. 431-447.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 257-263.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “Neoprocessalismo”. In: **Revista Ibero-americana de Direito Processual**, n.9, año VI. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, p. 227-241.

Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4ª ed., São Paulo: Dialética, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, Marcelo. **O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em : 17 jun. 2014.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, um realidade inquestionável. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 427-455.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: **Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Org. CARBONELL, Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. Org. BARBIERI, Catarina Helena Cortada. MACEDO JR., Ronaldo Porto. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305.