



FACULDADE DO VALE DO JAGUARIBE
BACHARELADO EM DIREITO

PARANHOS DE PAIVA MARINHO

FASCÍNIO DOUTRINÁRIO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO
E O MAU USO DOS PRINCÍPIOS NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

ARACATI
2020

PARANHOS DE PAIVA MARINHO

FASCÍNIO DOUTRINÁRIO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO
E O MAU USO DOS PRINCÍPIOS NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Faculdade do Vale do
Jaguaribe, como requisito final para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Mestre José
Evandro Alencar Correia

ARACATI

2020

PARANHOS DE PAIVA MARINHO

FASCÍNIO DOUTRINÁRIO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO
E O MAU USO DOS PRINCÍPIOS NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Faculdade do Vale do
Jaguaribe, como requisito para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre José Evandro Alencar Correia (Orientador)
Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ)

Professor(a) examinador(a)
Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ)

Professor(a) examinador(a)
Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ)

À minha amada esposa e meus amados pais. A vida é perfeita quando se tem muito amor na família.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela saúde e proteção durante toda minha vida.

A minha esposa (Katarina), a quem amo muito e compartilho uma vida.

A minha mãe (Maria de Fátima) e a meu pai (Manoel), que me criaram com muita dedicação e amor, amo demais os dois.

As minhas avós (Lurdes e Olivia) e meus avôs (Arnaldo e Cassiano) que apesar de não estarem aqui, me deram muito carinho, e de onde estiverem zelam por mim.

A meu irmão (Dyego) e minha irmã (Emanuella), por estarem comigo nos momentos mais felizes e no amor que temos uns pelos outros.

As minhas tias (Edneide, Edleusa, Elzimar e Antonieta), a meu tio (Mazinho), por todo o amor e lições que me deram em minha vida.

A meu primo (Victor) e as minhas primas (Bruna, Tayná, Caroline e Olivia), pela ajuda quando precisei e companheirismo em todas as horas.

As minhas sobrinhas (Júlia e Jamily) e aos meus sobrinhos (Nicolas e Luiz Otávio), pelos momentos divertidos com vários abraços e beijos.

A minha sogra (Geralda) e a Lourdes, por terem criado uma filha tão maravilhosa que seria minha esposa.

A minha cunhada (Janaína), a quem tenho um carinho muito grande.

A Rosa Semente, por ter me ajudado nos momentos mais difíceis.

Ao Dr. Robério Maia, por ser um exemplo de simplicidade e responsabilidade.

Ao Prof. Ortiz Salazar, por ter me dado apoio e incentivo quando mais precisava.

Aos meus professores, (em especial Evandro, Jaks Douglas, Mirlene, Valdelio, Francisco, Natallie, Romana e Ulisses).

“Todos os homens morrem, mas nem
todos os homens sabem viver”

William Wallace

RESUMO

O presente estudo investiga o mau uso dos princípios como elemento retórico na prática jurídica brasileira. O direito é um fenômeno histórico e evoluiu de suas bases consuetudinárias antigas até as recentes constituições modernas. A primeira modernidade do direito foi marcada por ser positivista e fruto da vontade dos legisladores, no entanto, ela cedeu seu lugar ao novo fenômeno do neoconstitucionalismo mais flexível e com ênfase na prevalência dos princípios jurídicos. A atual Constituição Federal brasileira de 1988 inaugurou no paradigma do direito brasileiro o Neoconstitucionalismo, cujas teorias, principalmente a de Robert Alexy, tem modificado a interpretação do ordenamento jurídico através da ótica dos princípios constitucionais, tendo uma ampla aceitação pela prática jurídica brasileira, notadamente no Supremo Tribunal Federal. O objetivo desta pesquisa envolve a análise da correta adequação entre o que é disposto na teoria de Alexy e o que é aplicado na prática dos Tribunais, observando o emprego da técnica da ponderação como instrumento para resolver casos polêmicos envolvendo direitos fundamentais, ou um álibi teórico para que juízes se utilizem da discricionariedade como forma de satisfazer concepções políticas pessoais. Nessa nova modernidade do direito as fronteiras do Poder Judiciário se expandem e geram atritos com os demais poderes, a Judicialização da Política e a Politização da Justiça são fenômenos cada vez mais constantes, tendo como consequência o Ativismo Judicial, o qual se beneficia desse abuso no uso dos princípios como uma panaceia para os males do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Neoconstitucionalismo. Princípios. Ativismo Judicial. Ponderação. Discricionariedade.

ABSTRACT

The present study investigates the misuse of principles as a rhetorical element in Brazilian legal practice. Law is a historical phenomenon and has evolved from its ancient customary foundations to recent modern constitutions. The first modernity of law was marked by being positivist and the result of the will of legislators, however, it gave way to the new phenomenon of more flexible Neoconstitutionalism and with an emphasis on the prevalence of legal principles. The current Brazilian Federal Constitution of 1988 inaugurated the paradigm of Brazilian law marked by Neoconstitutionalism, whose theories, especially that of Robert Alexy, have modified the interpretation of the legal system through the perspective of constitutional principles, having a wide acceptance by Brazilian legal practice, notably in the Supreme Federal Court. The objective of this research involves the analysis of the correct adequacy between what is provided in Alexy's Theory and what is applied in the practice of Courts, observing the use of the weighting technique as an instrument to resolve controversial cases involving fundamental rights, or a theoretical alibi so that judges use discretion as a way to satisfy personal political conceptions. In this new modernity of law, the borders of the Judiciary expand and generate friction with other powers, the Judicialization of Politics and the Politicization of Justice are increasingly constant phenomena, resulting in Judicial Activism, which benefits from this abuse in the use of principles as a panacea for the evils of the Brazilian legal system.

Keywords: Neoconstitutionalism. Principles. Judicial Activism. Weighting. Discretion.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ Parágrafo

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
EC	Emenda Constitucional
GM	Gabinete do Ministro
HC	Habeas Corpus
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A VELHA HERMENÊUTICA NORMATIVA: DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO AO POSITIVISMO – A ANCESÃO DO PODER LEGISLATIVO.....	13
2.1 Direito nos povos sem escrita (Direito Arcaico).....	14
2.2 Direito nas primeiras civilizações (Direito Antigo).....	15
2.2.1 Sistema Jurídico Egípcio.....	16
2.2.2 Sistema Jurídico Mesopotâmico.....	17
2.2.3 Sistema Jurídico Hebreu.....	18
2.2.4 Sistema Jurídico Grego.....	18
2.2.5 Sistema Jurídico Romano.....	20
2.3 Direito nas sociedades pós revoluções Francesa e Americana (Direito Moderno).....	22
3. A NOVA HERMENÊUTICA NORMATIVA: NEOCONSTITUCIONALISMO E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	26
3.1 A Superação do Positivismo Jurídico.....	26
3.2 A Ascensão dos Princípios Jurídicos.....	28
3.3 Da clássica separação dos poderes até o protagonismo do Judiciário.....	31
3.4 Dos desvios constitucionais (Judicialização da Política, Politização da Justiça e Ativismo Judicial).....	34
4. CRITICAS A PRATICA JURÍDICA: O MAU USO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS	36
4.1 Precedentes nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.....	36
4.1.1 O Caso Ellwanger (HC 82.424/RS).....	36
4.1.2 O Caso da Vaquejada (ADI 4.983/CE).....	38
4.1.3 O Caso da Clinica de Aborto (HC 124.306).....	40
4.2 Detalhando a Teoria de Alexy e o risco da discricionariedade como resultado dos sopesamentos.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

1. INTRODUÇÃO

Na história da evolução do Direito, este já foi concentrado na figura do monarca durante a Idade Média, com o desenvolvimento sociológico e tecnológico, surge o positivismo que influenciou a busca do homem pela limitação do absolutismo dos reis, conseqüentemente, levando à criação das constituições nacionais e caracterizando o chamado Império da Lei e o culto ao legislador.

O chamado constitucionalismo mostrou-se, contudo, incapaz de evitar o surgimento de movimentos fascistas e totalitários, responsáveis pelos horrores causados pelas duas grandes guerras e pelas violações aos direitos humanos. Foi a partir deste contexto que surgiu, então, o neoconstitucionalismo.

O presente projeto de pesquisa tem por objetivo a análise do mau uso ou não da principiologia no direito como elemento primordial na fundamentação das decisões jurídicas, cujo advento se deu pelo fascínio doutrinário pelo movimento chamado neoconstitucionalismo, fenômeno que tem modificado a interpretação do ordenamento jurídico através da ótica dos princípios constitucionais e, em decorrência de sua ampla utilização pela prática jurídica brasileira, especialmente o Supremo Tribunal Federal-STF.

Também será verificado se a reiterada invocação a princípios constitucionais apresenta-se como panaceia para solucionar os males do sistema jurídico brasileiro ou se serve apenas para interesses particularistas, introduzindo um caos valorativo na interpretação do ordenamento jurídico e gerando distúrbios.

Além disso, pretende o presente estudo observar se o costume brasileiro, de algum modo, contribuiu para distorcer a teoria dos princípios formulada pelo alemão Robert Alexy, principalmente sobre a necessidade de fundamentar objetivamente e de decidir com transparência quando se trata da ponderação ou sopesamento dos princípios, resultando ou não na possível perda de previsibilidade (segurança) jurídica e o cometimento de discricionariedades por parte daqueles que controlam o jogo jurídico.

Desta forma, serão levantados pontos relevantes sobre como e porque o Poder Judiciário passou a esse protagonismo perante os outros poderes, em contrapartida a teoria clássica da separação e equilíbrio entre os poderes, proporcionando o surgimento do ativismo judicial e suas conseqüências na judicialização da política e na politização da justiça.

Desta forma, serão levantados pontos relevantes como os conceitos de norma, regras e princípios e de teorias como as do formalismo jurídico, positivismo e neoconstitucionalismo, buscando compreender por que princípios são relacionados à democracia e regras à postura autoritária, motivando tribunais a adotar com grande fascínio esse aspecto doutrinário.

Nesse contexto, para cumprir tal intento, a temática será abordada de forma clara, concisa e objetiva, utilizando as análises bibliográfica (a partir de livros e artigos especializados produzidos por estudiosos da matéria/fontes secundárias) e documental (em fontes primárias como a Constituição Federal e decisões do STF) referentes ao assunto que é, por deveras, bastante polêmico, mas com poucos autores (doutrinadores e juristas) a reconhecer esse mau uso, não obstante seja algo que venha se avolumando, e muitos entusiastas da teoria dos princípios como a única forma de obter justiça, dada a inércia do poder legislativo.

Além do procedimento supracitado, será utilizado o procedimento de pesquisa bibliográfica que consistirá na coleta de informações a partir de textos, livros e artigos, para formar o referencial teórico do assunto a ser analisado com base no ponto de vista de diferentes autores, comparando tais informações com aquelas levantadas na análise dos julgados.

O presente trabalho será estruturado em três capítulos, onde no primeiro se destinará a compreensão dos aspectos históricos e sociais que levaram a evolução do direito até o positivismo; no segundo capítulo será abordado a queda do positivismo e o surgimento do neoconstitucionalismo, sobretudo pela moderna teoria principiológica, o qual colocou o judiciário em um papel de destaque frente aos demais poderes na solução das demandas sociais de uma sociedade cada vez mais complexa, e as consequências desse ativismo judicial; por fim, no terceiro capítulo, serão estudados alguns julgados selecionados, buscando expor o mau uso da retórica dos princípios, considerando os limites da técnica da ponderação na Teoria de Robert Alexy.

2 A VELHA HERMENÊUTICA NORMATIVA: DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO AO POSITIVISMO – A ANCESÃO DO PODER LEGISLATIVO

Vivemos numa era de plena evolução científica, digital e tecnológica, a qual se convencionou chamar de “Era da Informação” ou até de “Terceira Revolução Industrial”, este terceiro ciclo da história da humanidade é marcado principalmente pela interligação mundial, onde pessoas compartilham informações, conhecimentos e culturas. Entretanto, todo esse progresso seria impossível de ser alcançado se não existisse um sistema para ordenar a vida coletiva, se criando normas para coagir os indivíduos a se comportarem em sociedade e com isso alcançar o equilíbrio e a paz social, é justamente desse contexto que vemos a importância do surgimento do direito.

O direito é um fenômeno histórico e está intimamente relacionado ao desenvolvimento político, econômico, cultural e da própria história da humanidade, ao longo das eras ele evoluiu de suas bases consuetudinárias empregadas em pequenas comunidades antigas até as recentes constituições que regem todo o ordenamento jurídico de um país moderno.

O atual momento do direito brasileiro é caracterizado pelo neoconstitucionalismo, movimento iniciado após a Segunda Guerra Mundial, cujo marco teórico se dá pela construção de uma nova hermenêutica constitucional com foco na força normativa da Constituição e ampliação da jurisdição constitucional, colocando os princípios e os direitos fundamentais como base central para solucionar e pacificar os conflitos na área jurídica, o que se convencionou na filosofia jurídica como Pós-Positivismo. (BARROSO, 2005)

Todavia, diante das transformações da sociedade contemporânea adquire relevância as relações entre o Direito e a História. Desta forma para se compreender a nova normatividade dos princípios constitucionais é necessário se voltar ao passado e analisar do ponto que tais princípios eram indiferenciados das regras ou não tinha juridicidade, compreendendo a própria evolução histórica, filosófica e teórica do direito até chegar aos dias contemporâneos.

Em sua obra clássica, Niklas Luhmann (1983, p 187) classifica três grandes grupos de manifestações do direito ao longo da história: o direito arcaico, característico dos povos sem escrita; o direito antigo, que surge com as primeiras civilizações urbanas e o direito moderno, próprio das sociedades posteriores às Revoluções Americana e Francesa.

2.1 Direito nos povos sem escrita (Direito Arcaico).

Nos primórdios, a humanidade consistia em pequenos grupos isolados que buscavam sobreviver em condições adversas, produzindo seus próprios recursos e geralmente guerreavam quando tinham contato entre si. Nesses tempos perdidos da história, a ordem era imposta pelos mais fortes aos mais fracos, destacando-se assim o “Princípio da Força” como um dos primeiros usado pelo ser humano na necessidade permanente de se manter um convívio social.

Este começo da evolução do direito, Luís Roberto Barroso descreve nas seguintes palavras.

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antigüidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim. (BARROSO, 2010, p. 14)

Destas palavras do ilustre jurista, também se retira que a sociedade primitiva se alicerça num princípio de parentesco, marcados por laços sanguíneos, o que fez brotar as primeiras noções do direito de propriedade e das sucessões, sendo um marco de extrema importância.

Conforme descreveu Fustel de Coulanges:

O antigo direito não é obra de um legislador; pelo contrário, foi imposto ao legislador. Nasceu na família. Surgiu espontaneamente, e já formado, dos antigos princípios que a constituíam. É a decorrência natural de crenças religiosas, universalmente admitidas na idade primitiva desses povos, e que exerciam império sobre as inteligências e as vontades. (COULANGES, 1975, p. 73)

Outro ponto importante, é que não existia escrita e, conseqüentemente, não existiam códigos formais ou legislações escritas, todo o conhecimento e as tradições eram transmitidos oralmente das gerações mais antigas as mais novas, e tais informações continham forte contexto sagrado e divino, e as pessoas por medo de ofenderam os deuses respeitavam religiosamente os ditames do direito arcaico (WOLKMER, 2006)

A figura dos legisladores sacerdotes, líderes religiosos absolutos cujos poderes afirmavam terem recebidos dos próprios deuses, surgia como os primeiros intérpretes dos costumes e naturalmente como executores das punições as quais

predominantemente eram ritualísticas e associadas à magia e à superstição divina (WOLKMER, 2006).

Neste contexto, tem-se que a época das comunidades arcaicas, cada uma delas tinha seus próprios costumes sagrados, o direito era praticado, quase exclusivamente, de forma tradicional ou, no sentido mais empregado, consuetudinário, por uma casta religiosa ou chefes políticos que não tinham autoridade para modificar os costumes, os quais eram sagrados, inclusive aos seus próprios olhos (COSTA, 1998).

Por um longo período, os costumes foram a fonte mais importante do direito, podendo-se afirmar, com certeza, que é a mais antiga. Os costumes eram tanto respeitados em tempos primitivos quanto nos dias de hoje tanto pelo medo ou desprezo da sociedade em que se vive, quanto pelo lado psicológico, de que o comportamento adotado, é de fato, o mais aceitável.

Ademais, não havia possibilidade nas tradicionais comunidades arcaicas do indivíduo ter voz para questionar a imperatividade das obrigações que lhe eram impostas pelos costumes da coletividade, ou seja, o direito consuetudinário era a expressão de uma determinada tradição cultural, cuja imposição heterônoma às pessoas que compõem a comunidade dispensava qualquer tipo de justificação, pois estava no campo da obviedade (COSTA, 1998).

Por fim, não há como negar as contribuições das sociedades arcaicas no plano do direito, dentre elas, o direito matrimonial, sendo o casamento a mais arcaica e mais permanente das instituições do direito, cabendo-se destacar a importante figura do “precedente judiciário”, conforme explica o jurista belga John Gilissen:

o Precedente judiciário pode ser também uma fonte criadora de regras jurídicas nos direitos dos povos sem escrita; os que julgam, sejam eles o chefe ou os anciãos, têm a tendência, voluntária ou involuntariamente, para aplicar aos litígios soluções dadas precedentemente a conflitos do mesmo tipo (GILISSEN, 1998, p. 37)

A aurora da história dos direitos da antiguidade se inicia quando já não existe povos sem escritas, assunto este a ser narrado no próximo sub capítulo.

2.2 Direito nas primeiras civilizações (Direito Antigo)

Em um determinado momento da história, o desenvolvimento agrícola possibilitou a união de pequenas comunidades para formarem as primeiras cidades, a humanidade inventou e expandiu o uso da escrita, e o comércio se expandiu entre

diversos territórios com uso das moedas metálicas, todos estes marcos, possibilitaram o surgimento das primeiras civilizações e com isso uma evolução do direito no mundo antigo.

A invenção da escrita possibilitou que a humanidade pudesse ter uma memória permanente e pudesse organizar seu pensamento, a técnica se disseminou e somou-se com a compilação dos costumes tradicionais, possibilitando o surgimento dos primeiros códigos de leis; o jurista e historiador Henry S. Maine explica que os textos legislados e escritos eram melhores depositários do direito e meios mais eficazes para conservá-lo que a memória de certo número de pessoas, por mais força que tivessem em função de seu constante exercício. (SUMMER MAINE, 1893, p. 22)

Segundo, John Gilissen, neste período histórico, cinco sistemas jurídicos contribuíram de forma especial ao progresso do direito e das ciências jurídicas, sendo eles, o sistema Egípcio, o Mesopotâmico, o Hebraico, o Grego e o Romano. (GILISSEN, 1998).

2.2.1 Sistema Jurídico Egípcio.

Começando-se pela civilização egípcia, esta, infelizmente, não deixou compilações de lei ou de costumes, o que se sabe sobre o direito do antigo Egito veio através de um arcabouço de trechos de contratos, decisões judiciais, atos administrativos e testamentos, os quais permitiu inferir que os Egípcios foram os primeiros povos da história da humanidade a desenvolver um sistema jurídico.

Wolkmer (2006, p. 29), nos conta que: “A contribuição mais interessante ao estudo das relações entre sociedade e direito que se pode retirar do Egito é a consagração, na aplicação do direito, de um princípio de justiça que é simbolizada pela figura de uma deusa, de nome maat”.

O princípio da justiça divina, descrito acima por Wolkmer, é perfeitamente explicado nas palavras de Gilissen:

o Maat, que aparece como uma noção supra-sensível, o modelo do direito não escrito, que não se pode consultar, e que também não é o produto de uma revelação divina; Maat é o objetivo a prosseguir pelos reis, ao sabor das circunstâncias. Tem por essência ser o equilíbrio; o ideal, a esse respeito, é por exemplo fazer com que as duas partes saiam do tribunal satisfeitos. Como é neste preceito que reside a verdadeira justiça, Maat tanto pode ser traduzido por Verdade e Ordem como por Justiça propriamente dita. (GILISSEN, 1998, p. 53).

Logo, observa-se que o povo Egípcio acreditava numa lei universal, num senso comum de certo e errado, os quais estavam acima da vontade de toda a humanidade e representavam a justiça, a ordem, a verdade e o equilíbrio, tudo isso era personificado na figura de maat, cuja figura do faraó (espécie de rei com estatuto de deus) agia como uma ponte entre homens e deuses, cabendo a ele como juiz e legislador supremo, a incumbência de espalhar horizontalmente, através da lei, a crença de maat entre as pessoas. (WOLKMER, 2006)

O sistema jurídico egípcio centralizava todo o poder no Rei, o qual governava com seu conselho administrativo e funcionários, e era caracterizado por ser de direito privado individualista, orientado para o indivíduo isolado, sem individualidade, não existia privilégios para os nobres, todos os habitantes eram iguais perante o direito.

Logicamente, numa ordem jurídica individualista apesar do conceito igualitário, o que se tinha na realidade jurídica era um rompimento com a solidariedade clânica presente no direito arcaico, afinal, em termos de exemplo de Radbruch (1949), uma propriedade nas mãos de um único indivíduo economicamente suficiente é totalmente diferente de quando esta nas mãos dos socialmente necessitados.

Além disso, outras características marcaram o direito no Egito como: o fato da lei ter se tornado a principal fonte do direito e ter superado os costumes; a formação de um conselho de legislação para dar parecer sobre as leis, e estas sendo aprovadas, iriam para promulgação pelo Rei; a organização administrava e judiciaria era composta num processo parcialmente escrito, onde se guardavam os registros civil e os atos dos tribunais; existiam diversos tipos diferentes de contratos, o que demonstrava o quanto o direito contratual era desenvolvido.

2.2.2 Sistema Jurídico Mesopotâmico.

A segunda grande contribuição para o direito partiu dos povos da Mesopotâmia(Sumérios, Acádios, Amonitas, Hititas, Assírios) os quais foram os primeiros a redigir diversos textos jurídicos com regras abstratas os quais eram reunidas por um dado assunto num documento único, o qual se convencionou chamar de códigos de leis, sendo o mais famoso deles o Código de Hammurabi, Rei da Babilônia (escrito por volta de 1694 A.C.). (WOLKMER, 2006)

Tais códigos, na verdade, eram escritos de forma cuneiforme, utilizando-se um instrumento chamado de cunha para gravar tabuletas de argilas, pedra ou barro, as quais eram colocadas em um forno para secar. O intuito era transformar os registros em algo permanente para quando fosse necessária a consulta, além disso, eles, geralmente, se tratavam de casos concretos com uma solução jurídica, servindo como ensinamentos para mostra o caminho aos juízes.

Ademais, segundo diversos autores (GILISSEN, 1998; WOLKMER, 2006), o código de Hammurabi era um sistema jurídico muito desenvolvido e serviu de legado para o direito superveniente na regulamentação do direito privado, como contratos, negócios jurídicos e responsabilidade civil, acrescente-se o fato, que no período de Hammurabi, as pessoas tinham a possibilidade de apelar ao rei, por intermédio dos juízes nomeados pelo próprio monarca, os quias tinham poderes para decidir, em grau de recurso, assuntos relacionados ao reinado.

2.2.3 Sistema Jurídico Hebreu.

O 3º dos cinco sistemas jurídicos mais importantes foi o direito Hebraico, precisamente na forma de seu livro religioso, a Bíblia, a qual “é um conjunto de preceitos morais e jurídicos que foram perpetuados, não somente no seu próprio sistema jurídico, até aos nossos dias, mas sobretudo no direito canônico, direito dos cristãos, e mesmo no direito muçulmano” (GILISSEN, 1998, p. 26).

A Bíblia exerceu uma profunda influência sobre o direito no Ocidente, a liberdade de consciência e de crença, e o livre exercício dos cultos religiosos virou norma em diversas constituições, como por exemplo a Brasileira. O núcleo bíblico permeia várias ideias de justiça social e retributiva, direitos humanos, ordem e ética nas ações humanas, em verdade, seus intérpretes buscam adaptá-la à evolução social, sem, no entanto, modificar o conteúdo, S. Paul (1974, apud GILISSEN, 1998, p. 66).

2.2.4 Sistema Jurídico Grego.

O sistema jurídico da Grécia constitui nosso quarto estudo, apesar de existir uma divergência entre autores se os gregos foram ou não grandes juristas, pois segundo Gilissen (1998, p. 73) “neste domínio, continuaram sobretudo as tradições dos direitos cuneiformes e transmitiram-nas aos Romanos. Os Gregos foram, porém, os grandes pensadores políticos e filosóficos da antiguidade”, já Wolkmer discorda,

O direito grego antigo é uma das áreas da história do direito em que podemos garimpar e descobrir uma rica mina pouco explorada, conforme reconheceu Kenneth Dover, e que tem sido por muitos anos relegado ao ostracismo devido à visão meramente filosófica dos estudiosos e a influência romanista do direito ocidental.(WOLKMER, 2006, p. 75)

Opiniões a parte, a civilização Grega antiga não só tinha um sistema de direito evoluído como foram os primeiros a elaborar uma ciência política, os quais influenciaram o direito Romano e serviram de base para o direito moderno das civilizações ocidentais.

Nesta diapasão, o primeiro código escrito de leis que se tem conhecimento foi escrito pelo legislador grego Zaleuco de Logros por volta de 650 a.C., tendo sido inclusive o primeiro a fixar penas determinadas para cada tipo de crime, José Ribeiro Ferreira (1992, *apud* Wolkmer, 2006, p. 51).

Além de outros vários códigos criados pelos gregos, os mais importantes foram o de Drácon e de Sólon, o primeiro revolucionou o direito penal ao fazer distinção entre os diversos tipos de homicídio e se tornou infame por ter sido o primeiro a instituir a pena de morte para quem praticava pequenos delitos, de tal forma que uma lei draconiana pode ser sinônimo de uma lei muito severa. (WOLKMER, 2006)

Sólon (por volta de 594 a.C.) cria um código de leis trazendo uma importante reforma institucional, social e econômica cujo objetivo se constitui nas primeiras iniciativas de democratização das leis, inclusive alterando algumas disposições no o código de Drácon.

Graças ao avanço da técnica da escrita, se tornando mais barata e acessível, e ao maior desenvolvimento e divulgação do alfabeto grego, as leis eram codificadas e, pela 1ª vez na história, publicadas nos muros das cidades através de inscrições, se tornando a lei grega escrita como um instrumento de poder do povo grego.

Wolker (2006, p. 58) explica que: “o povo grego, em determinado ponto da história (por volta de século VII a.C.) começou a exigir leis escritas para assegurar melhor justiça por parte dos juízes”, e ainda que: “O propósito seria o de remover o conteúdo das leis do controle de um grupo restrito de pessoas e colocá-lo em lugar aberto, acessível a todos”. Nascia assim, as primeiras ideias de publicidade e transparência das leis.

Outro ponto notável do direito grego antigo é o uso da retórica como instrumento de persuasão jurídica. Na Grécia antiga, a administração da justiça não

era especializada e profissional, não existiam juízes, promotores ou advogados, de forma simples, consistia em dois litigantes, os quais discursavam, cada um, na frente de um grupo de jurados, chamados dikastas, sendo suportados por testemunhas. Entretanto, se tornava cada vez mais comum o uso de logógrafos, escritores profissionais de discursos forenses, os quais são considerados os primeiros advogados da história.

Os logógrafos escreviam para seus clientes um discurso que este último deveria recitar como se fosse sua a autoria. Eles suprimiam sua própria personalidade e escreviam um discurso que aparecesse o mais natural possível para o litigante cliente e desse a impressão de ser extemporâneo. Além disso, o logógrafo não era um mero retórico. Devia ter considerável familiaridade com as leis e o processo. (WOLKER, 2006, p. 68)

Indubitável a genialidade do povo grego no campo do direito, eles foram os primeiros a fazer uma clara distinção no conteúdo entre as leis materiais, as quais em suma regulam uma grande variedade de relações jurídicas entre as pessoas, e as leis processuais, as quais regulamentam o funcionamento das fases e procedimentos para o exercício da função jurisdicional.

2.2.5 Sistema Jurídico Romano.

Por fim, o sistema jurídico Romano, o qual pode-se afirmar que atingiu um padrão inigualável na antiguidade, tanto pelo fato de ter pesquisado e reunido o que os outros direito antigos tinham produzido, quanto por terem formulado a ciência do direito com princípios jurídicos gerais e abstratos como conhecemos atualmente.

Segundo Gillisen (1998, p.85), “A *lex* – pelo menos as *leges publicae* – é um ato emanado das autoridades públicas e formulando regras obrigatórias; definem-na como uma ordem geral do povo ou da plebe, feita a pedido do magistrado”.

Durante o período clássico Romano e seguintes, a lei, pela primeira vez, começou a ter um papel cada vez mais importante do que os costumes, tendendo a suplanta-los, destacando-se, que mesmo antes da escola da exegese, os magistrados romanos se caracterizavam pela interpretação literal do seu direito.

Nas *responsa prudentium* (pareceres dos jurisconsultos romanos), os romanos também se caracterizavam pela chamada “interpretação dura” do direito, não permitindo interpretação mais que literal dos seus escritos, à semelhança da escola de exegese, pois os conceitos foram codificados e transformados em máximas do direito. (WOLKER, 2006, p. 119)

Os romanos, inclusive, foram os precursores do processo legislativo, onde um magistrado superior detinha a iniciativa das leis e propunham um texto, chamado

rogatio, o qual era afixado num local durante um certo tempo até ser votado numa assembleia. O magistrado que propôs a lei defendia seu projeto perante a assembleia, cabendo a esta, querendo, fazer emendas, aceitar ou rejeitar o projeto, o qual fosse aprovado era promulgado como lei pelo magistrado, entretanto, este, também, poderia impedir a aprovação por algum motivo relevante, geralmente religioso.

Ademais, os romanos foram pioneiros em questões jurídicas modernas quanto ao: direito a propriedade privada; direito nas obrigações; conceito de pessoa natural e jurídica (servindo de base para criação da figura jurídica de direito); conceito de ato e fato jurídico; conceito de direito objetivo e direito subjetivo; teorias da posse; e num conceito extremamente importante para o direito que se trata da irretroatividade das leis.

O direito Romano vigorou por 12 séculos e sobreviveu durante o período da idade média até chegar aos dias atuais, sua natureza individualista foi passada as próximas gerações e encontra-se viva, principalmente, nas instituições jurídicas civis que priorizam, acima de tudo, a defesa da propriedade e a legítima defesa da posse.

Antônio Carlos Wolker oferece uma importante explicação sobre a recepção do direito romano no contexto Ocidental, a partir do século XII e início do século XIII.

A recepção do direito romano pela administração de justiça do Ocidente deu-se unicamente pela necessidade de acolher as suas qualidades formais genéricas que, com a inevitável especialização crescente da vida técnica, ajudavam os burgueses na conclusão das práticas capitalistas (WOLKER, 2006, p. 119)

Neste contexto, a incorporação do formalismo romano pelo direito ocidental marcou uma profunda alteração do pensamento jurídico ocidental, pois antes se predominava o raciocínio indutivo -onde a conclusão é baseado na observação sistemática dos fatos de maneira particular ou empírica, chegando-se determinadas conclusões que não passariam de meras suposições-, e após, passou-se a ter o raciocínio dedutivo, o qual parte de uma proposição universal, e através do raciocínio lógico, chega-se numa conclusão verdadeira.

Desta forma, as produções jurídicas ocasionais e concretas dos juristas romanos (direito casuístico), retiradas da interpretação de jurisconsultos (*responsa prudentium*), aplicadas de forma indutiva e empírica, são efetivadas através da perda de seu caráter concreto e contextual da prática dos antigos romanos e transformadas em postulados jurídicos que serão aplicados dedutivamente, caracterizando a passagem do indutivismo empirista para o dedutivismo. (WOLKER, 2006, p. 119)

Ao final, Wolker (2006, p. 122) destaca que o direito Romano continuou a evoluir, sobretudo pela influência dos povos germânicos, resultando num sistema jurídico romano-germânico com fortes traços liberais individualistas que foi abraçado pelo continente europeu, permitindo o surgimento de uma forte ordem patrimonialista na península ibérica (Portugal e Espanha).

Partindo do pensamento de Raymundo Faoro (1958, p. 25), o direito brasileiro tem toda essa base patrimonialista por ter herdado do estado patrimonialista português, que historicamente decorreu do direito romano-germânico.

2.3 Direito nas sociedades pós revoluções Francesa e Americana (Direito Moderno)

Conforme exposto anteriormente, o direito romano sobreviveu a Idade Média, tendo ressurgido por meio da formação da Escola dos Glossadores ou Escola Jurídica de Bolonha (Século XI), perdurou durante todo o Sacro Império Romano-Germânico, se difundiu por antigos territórios influenciados por Roma e até territórios nunca antes por ela conquistados.

Gradativamente a organização social do mundo antigo vai mudando e se tornando mais complexa, isto impulsiona o direito para fora do bolsão comum dos fenômenos sociais, graças ao pioneirismo da Escola dos Glossadores o direito assume um campo próprio, com suas próprias regras, princípios, teorias e práticas, passando a ser estudado de forma específica, inclusive, este modelo de ensino da Escola de Bolonha influenciou o surgimento das primeiras Universidades Ocidentais. (COSTA, 1998).

No pensamento imaginário medieval ocidental, o Império Romano era o exemplo de tempos áureos de um Império que tinha conquistado, explorado e influenciado vários territórios, através do comércio Roma passou a fazer transações jurídicas que outros povos jamais conheceram. Se torna totalmente compreensiva a admiração dos juristas pelo Direito Romano, pensava-se neste como a expressão da própria razão, comum a todos os povos, a este respeito Bobbio (1995, p 31) concluiu que “assumiam, assim, o direito romano como uma espécie de direito natural que, nos confrontos do direito natural, assim como é geralmente entendido, apresentava grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa”.

Entretanto, por mais fenomenal que fosse o direito romano, este não seria capaz de resolver os conflitos políticos, econômicos e sociais decorrentes do

progresso e do expansionismo da humanidade, era preciso adaptá-lo aos novos tempos. Desta forma, paulatinamente, os institutos jurídicos eram extraídos dos textos romanos num esforço para criar um conhecimento jurídico pretensamente universal e altamente abstrato, era o início do Jusracionalismo, escola jurídica de direito natural caracterizada por deduzir todas as regras jurídicas da natureza humana.

Conforme leciona Alexandre Araújo Costa (COSTA, 1998, p. 25), os jusracionalistas ao criarem um sistema jurídico baseado na própria razão, valendo-se de conceitos matemáticos dedutivos, inauguraram o pensamento jurídico moderno e forneceram as bases para o contratualismo.

A formação do constitucionalismo é alicerçada em três grandes revoluções: inglesa, americana e francesa. Do ponto de vista normativo, as tradições inglesa e americana destoam da francesa, sendo essa diferença um dos pontos que justificam a existência do *common law* e do *civil law*. Esses dois modelos de organização do direito têm como aspectos diferenciadores o papel do judiciário e da legislação.

A Revolução Francesa estabeleceu uma nova ordem para as normas jurídicas, de que estas apenas seriam válidas se legisladas pelos poderes legalmente estabelecidos, ou seja, pelo Estado. Isso marcou o fim do Jusracionalismo, pois agora os juristas não poderiam se valer de explicações metafísicas para atacar a validade de uma norma positiva.

A partir da Revolução Francesa de 1789, somente ao legislador cabia a revelação do direito natural, restando ao juiz apenas o papel de aplicar o direito legislado aos casos concretos. Portanto, o juiz agia em nome do direito natural (que justificava a autoridade que o povo transmitia ao legislador), mas não poderia invocar o direito natural contra as decisões legislativas (COSTA, 1998, p. 29)

Todavia, o discurso Jusracionalista colocou a norma jurídica no ápice do direito moderno, abrindo o caminho para o pensamento positivista, baseado em toda uma metodologia científica de Teorias do Direito, evidências empíricas e critérios de interpretação para dizer que o Direito é apenas aquilo que está posto pelo Estado, ou seja, nos países de direito romanista, a Lei torna-se a principal fonte de direito pelo próximo século, não sendo exagero dizer que poderia ser até a única, pela eliminação das demais fontes nesta época.

Corroborando com o exposto, John Gilissen explica:

Nos países de direito romanista, a lei tornou-se a principal fonte de direito no séc. XIX. Ela é mesmo, segundo a teoria do positivismo legalista, a única fonte de direito positivo; pois só o estado pode fixar e formular as normas obrigatórias sob a forma de leis; a lei constituiria todo o direito, não haveria outro direito senão a lei; a Cour de Cassation (supremos tribunais) não pode revogar uma decisão judicial senão no caso de ela violar uma lei”(GILISSEN,1998, p. 417)

Neste ponto, o restante do mundo seguiu uma trajetória parecida, dependendo da ideologia política, naqueles liberais e democráticos a lei é competência do poder legislativo, nos comunistas a lei é única fonte do direito pois fruto da vontade popular, entretanto, nos países do *common law* (direito consuetudinário), a exemplo da Inglaterra, a primazia da lei, em parte, não ocorreu, permanecendo as regras adotadas pelos juízes para resolver os casos individuais. (BOBBIO, 1995).

De fato, o Direito era cada vez mais utilizado como parte de um processo de unificação do poder, no qual as normas legisladas iam excluindo com o passar do tempo os costumes que lhe fossem contrários.

o processo de modernização do direito pode ser encarado como uma destradicionalização do direito, que é gradualmente trasladado do campo dos costumes para o campo da política, em uma passagem que modifica profundamente a percepção das relações entre direito e o indivíduo(COSTA,1998, p. 20)

Outro fato importante a ser destacado é o papel da doutrina na evolução do direito moderno a partir do século XIX, em decorrência das Escolas e, depois, Faculdades de direito, o ensino da ciência do direito tinha novos caminhos e se libertava do foco do direito romano, separava-se o direito em vários ramos (direito administrativo, civil, penal, comercial, etc), inúmeros juristas publicaram diversas obras que enriquecia ainda mais a doutrina.

É impossível neste trabalho destacar a história de cada escola doutrinária surgida nos sécs, XIX e XX, entretanto, neste estudo, merece atenção o papel da Escola da Exegese como elemento marcante da mentalidade legalista.

Os praticantes da Exegese cultuavam o texto da lei na busca de extrair seu sentido mais correto e aplicá-lo na prática, o conhecimento jurídico se reduzia ao domínio de uma técnica, ou seja, bastava seguir o procedimento descrito literalmente na lei, pois era evidentemente correto. Houve, por assim dizer, um

descarte completo da filosofia e das teorias jurídicas que serviam de base para elaboração e interpretação das próprias leis.

As graves limitações metodológicas dessa escola derivavam justamente do fato de que ela era organizada em volta de uma espécie de cegueira teórica, pois os profissionais do direito que nela se alinhavam desconsideravam as bases teóricas da sua própria atividade, o que os convertia em meros operadores do direito, homens práticos que estudavam os códigos como se eles contivessem em si todas as chaves para sua própria compreensão (COSTA,1998, p. 46)

E, ainda:

A Escola da Exegese leva, assim, à vitória das ideias filosóficas e políticas dos grandes pensadores franceses do séc XVIII: estatismo e racionalismo. Estatismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; **a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista.** (GILISSEN,1998, p. 516, grifo nosso)

A influência dos Legalistas foi tão profunda que até nos nossos dias atuais, juízes, promotores, defensores, advogados, professores e estudantes de direito enxergam e aplicam a letra fria da lei nos mais diversos casos, como se estivessem fazendo justiça, a exemplo do que acontece habitualmente no Direito Civil, principalmente no ramo do Direito da família.

Por fim, chega-se ao entendimento de que essa primeira modernidade do direito ficou marcada por um positivismo tecnicista, rígido, legalista e fruto da vontade dos legisladores, contudo, tal perspectiva seria desmontada no século XX por uma nova hermenêutica mais flexível, composta pela prevalência dos princípios jurídicos, a ser detalhada no próximo capítulo.

A título de síntese em relação ao que foi exposto, pode-se destacar que o pensamento jurídico tinha como base: (i) onipotência do legislador; (ii) completude do ordenamento; (iii) coerência do ordenamento jurídico; (iv) rígida separação dos poderes. As escolas hermenêuticas que surgiram nesse contexto, de certo modo, acreditam haver uma equivalência entre texto e norma (traços de uma hermenêutica metodológica) e que normas constitucionais, por exemplo, dotadas de maior precisão semântica, eram declarações de direito e não normas em si. A vida jurídica era meada pelo código civil e não pelas Constituições.

3 A NOVA HERMENÊUTICA NORMATIVA: NEOCONSTITUCIONALISMO E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O neoconstitucionalismo é estágio atual do Direito, o prefixo “neo” indica uma nova leitura do constitucionalismo, e dessa forma, é chamado por alguns de constitucionalismo contemporâneo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, como se vê o próprio rótulo é controverso entre os autores. Por certo, o Neoconstitucionalismo teve seu surgimento no início do século XXI com a superação do positivismo jurídico e seu desenvolvimento tem como ponto de partida a Supremacia da Constituição em oposição a supremacia do parlamento. Atualmente, algumas constituições modernas, a exemplo da brasileira, são dirigentes, sendo caracterizadas pela existência de normas de cunho eminentemente social, além dos já presentes direitos e garantias fundamentais, estabelecendo um projeto de Estado.

Nesse cenário fortaleceu-se o poder do Judiciário de invalidar os atos contrários à Constituições e agir contra a omissão estatal como meio de garantir os direitos sociais e cumprir as normas programáticas constitucionais.

Após a chegada das concepções de Dworkin e Alexy, o neoconstitucionalismo se vale do novo conceito de princípio jurídico e sua força normativa, passando a utilizar cada vez mais da ponderação.

Todavia, iremos observar que o modelo Neoconstitucionalista trouxe novas problemáticas para dentro do Direito, tanto por ter proporcionado o ativismo judicial, quanto pelos desvios constitucionais que serão apresentados ao longo desse capítulo.

3.1 A Superação do Positivismo Jurídico.

Conforme suscitado no capítulo anterior, o paradigma teórico-prático do Positivismo Jurídico foi hegemônico do séc. XVIII até o séc. XX, sobretudo devido aos pressupostos extraídos de suas duas principais formas: o positivismo exegético e o cientificista-normativista.

O positivismo exegético (referida Escola da Exegese) lecionava uma rígida separação entre direito e moral, e um uso exclusivo da lógica aristotélica da subsunção (caracterizada quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato) como único critério interpretativo.

considerando o contexto-jurídico do seu surgimento, os juízes não poderiam exercer qualquer atividade interpretativa, sujeitando as dúvidas ou

deficiências legais à referência do legislador. Numa palavra: Direito não se interpretaria, e os juízes devem ser a “boca da lei (MORAIS, 2018, p 22)

O protagonismo pela criação das normas jurídicas, claramente, recaia sobre os legisladores, principalmente, com base na teoria monista, segundo a qual REALE (2000, p. 194) explica que “só o sistema legal posto pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito Positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado”.

O Positivismo Jurídico conhecido como cientificista, normativista ou cientificista-normativista, foi protagonizado pelo jurista Hans Kelsen, criador da teoria da norma hipotética fundamental, cuja concepção serviu de modelo para estruturar o ordenamento jurídico moderno em forma de pirâmide, onde no topo da hierarquia estaria a constituição (norma fundamental) e descendo o eixo estariam as demais normas infraconstitucionais, as quais retiram seu fundamento de validade justamente das normas jurídicas superiores, mediante critérios de competência, autorização e produção normativa constantes na norma Maior.

Neste diapasão, Kelsen demonstra a ideia da importância da Constituição ou sua supremacia no ordenamento jurídico, condição rígida e necessária para a proteção dos preceitos constitucionais.

Hans Kelsen foi um grande marco como positivista, tanto pela produção de sua obra prima a “Teoria Pura do Direito” delimitando que todo o Direito conhecido empiricamente poderia ser analisado de forma metodologicamente científica, quanto pela separação do Direito da moral ou da política, criando um conhecimento jurídico ou uma ciência jurídica totalmente neutra ou avaliativa, que não emitiria nenhum juízo de valor.

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral, ..., Ora, isto significa que **a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral** (KELSEN, 1998, p. 47, grifo nosso)

Todavia, o tempo avança, as sociedades modernas se tornam mais complexas e diversificadas. A crença no direito, com todos seus dispositivos normativos abstratos, para prever e solucionar todas as situações e problemas da vida real foi decaindo, além disso, depois dos horrores provocados pelas guerras mundiais, se tornava inadmissível aceitar uma completa separação entre o Direito e a Moral, pois o conteúdo legalista era usado para justificar diversas injustiças contra

a humanidade, sobretudo no argumento da “a lei é dura, mas é a lei” (*dura lex sed lex*) que muitas vezes era aplicado exclusivamente aos pobres e vulneráveis.

A crise epistemológica engendrada pela Dogmática Jurídica enquanto paradigma científico hegemônico reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas, como ainda “não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear a convivência social. Ora, não tendo mais condições de oferecer soluções funcionais, o modelo técnico de positivismo jurídico dominante revela-se a própria fonte privilegiada da crise, das incongruências e das incertezas (WOLKMER, 2001, p. 75)

A capacidade do positivismo jurídico se esgota, casos concretos difíceis que envolvem colisão de normas constitucionais ou conflitos de direito, a exemplo da legitimidade do controle de preços dos planos de saúde por faixa etária (Direito a livre iniciativa vs Direito de proteção ao consumidor) e da pesquisa de células-tronco (Direito fundamental à vida vs Autorização para desenvolvimento da saúde), deixam de ter solução na imprecisão e polissemia das leis.

Neste vácuo deixado pelo positivismo surge, então, um novo modelo jurídico, sendo denominado por vários nomes a depender do autor/doutrinador como pós-positivismo, anti-positivismo, constitucionalismo contemporâneo ou, geralmente, neoconstitucionalismo, cuja implantação mudou a realidade da interpretação do direito, a potencialização da presença dos princípios ou cláusula gerais no texto constitucional (como dignidade da pessoa humana, igualdade, boa-fé, etc) passam a construir e integrar a argumentação no momento da aplicação do direito, se antes a fundamentação jurídica recaía no plano das regras o eixo se desloca para a primazia dos princípios, o qual será abordado no próximo subcapítulo.

3.2 A Ascensão dos Princípios Jurídicos.

A partir das guerras mundiais do século XX o mundo assistiu a transição do antigo paradigma positivista para o contemporâneo paradigma do Neoconstitucionalismo, que no Brasil teve como marco histórico a Constituição Federal de 1988 decorrente do processo de redemocratização do país.

Segundo Barroso (2005, p. 5) no plano teórico o Neoconstitucionalismo imprimiu três grandes mudanças no paradigma de aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma norma dogmática da interpretação constitucional.

No aspecto metodológico, Moraes (2018, p. 30) explica que “o neoconstitucionalismo sustenta a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais”.

Por volta da década de 1970, a comunidade jurídica já buscava formular uma doutrina para diferenciar os princípios jurídicos das regras. Nesse horizonte, ganham grande destaque e aceitação acadêmicos as obras propostas de Ronald Dworkin (jurista americano) e Robert Alexy (jurista alemão).

Antes de abordarmos as teorias desses celebres autores se faz necessária a apresentação de alguns conceitos, começando pela definição de norma, a qual segundo Humberto Ávila (2014, p.50): “Normas não são textos nem o conjunto delas, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.

Observa-se que norma é um gênero dividindo-se em duas espécies, as regras e os princípios.

As regras, conforme Alexy (2009, p. 85) “são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva.”

Neste diapasão, as regras têm a descrição factual, que lida com fatos e ocorrências, como dimensão principal, deixando a descrição valorativa, que lida com a moral, como dimensão secundária.

Ainda em relação às regras, sua forma de aplicação é feita pela ação de subsumir, ou seja, aplica-se quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato na extensão do tudo-ou-nada, conforme leciona Ronald Dworkin.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (2002, p. 39)

Quando ocorre um conflito entre regras jurídicas, chamados antinomias, tem-se o encontro de duas proposições que não podem ser aplicadas ao mesmo tempo, demandando a eliminação de uma delas de acordo com os critérios clássicos para solução de conflitos entre as regras (casos fáceis), conforme teoria construída por Norberto Bobbio (2011, p. 92) são três: o critério cronológico com base na prevalência da norma posterior (*lex posterior derogat priori*); o critério hierárquico

com base na prevalência da norma hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferiori*); e o critério da especialidade com base na prevalência da norma especial ou excepcional em relação a uma norma geral (*lex specialis derogat generali*).

Feitas estas explanações, adentra-se na teoria principiológica de Alexy e Dworkin, que diga-se de passagem, apesar da aparente semelhança (o primeiro autor se baseou no trabalho do segundo) estas não podem ser confundidas, conforme se depreende abaixo.

[...] **os princípios são mandamentos de otimização.** Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2009, p. 85, grifo nosso)

[...] **Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância.** Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é” (DWORKIN, 2002, p.s. 42-43, grifo nosso).

Tanto a teoria de Dworkin (Dimensão do peso) quanto a de Alexy (mandamentos de otimização), através de premissas diferentes quanto à própria estrutura da norma jurídica, formulam a base lógica para diferenciação dos princípios das regras, a qual segundo Alexy “é uma distinção qualitativa e não de grau”.

É importante destacar que o principal objetivo da estrutura teórica montada por Alexy¹ e Dworkin era apresentar os princípios como uma solução no âmbito jurídico dos casos difíceis (*hard case*), os quais ocorrem quando, no caso concreto, há várias ou nenhuma regra no ordenamento jurídico para resolver o caso, ou até quando a solução é incondizente com os valores socialmente aceitos, por exemplo, liberação do aborto em qualquer situação.

Os princípios afirmam que a conexão entre direito e moral se faz necessário, privilegiando a descrição valorativa e deixando os fatos como secundários.

¹ A perspectiva de Alexy, ao que parece, tem um papel mais amplo que a desenvolvida por Dworkin. Ela serve como operacionalização de uma teoria dos Direitos Fundamentais e uma forma de compreensão do procedimento decisório do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios jurídicos, os quais por exigirem a sua melhor satisfação sempre (máxima normatividade) os colocam em constante colisão entre si, quando duas ou mais normas principiológicas naturalmente tem sentido contrários.

Neste sentido, Alexy desenvolve uma técnica argumentativa para fazer o sopesamento dos princípios quando for avaliado, primeiramente, se há adequação e necessidade no conflito, sendo a resposta afirmativa, será necessário analisar qual deles quando for aplicado irá ferir com menor intensidade o outro.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 93 – 94).

Toda essa teoria da argumentação montada por Alexy busca a aplicação racional do direito, dando espaço a fundamentação do uso dos princípios que em conjunto com as regras irão atuar na obtenção da melhor resposta para casos complexos. Inclusive, Alexy cria todo um procedimento para utilização da máxima da proporcionalidade, devendo ser obedecida toda uma ordem que vai das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sobre esta última, é considerada a mais importante para otimização dos princípios, conforme explica Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 593 – 594)

Infelizmente, na prática jurídica brasileira ocorreu uma má recepção dessas referidas teorias, conforme explica SILVA (2002, p. 19) “no Brasil, vem ganhando proporções cada vez maiores, fenômenos que eu chamaria de “sincretismo

metodológico”. Esse sincretismo metodológico, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem.

Assim, no direito brasileiro essa fusão, e confusão, entre a teoria de Dworkin e a de Alexy criou uma espécie de panaceia jurídica capaz de solucionar todos os males do nosso sistema jurídico, pois na eloquência dos princípios fundamentais, gerais e abstratos se via uma verdadeira oportunidade de afastar as regras, valendo-se da possibilidade discricionária da ponderação em prol de interesses particulares, afinal, dificilmente se vê um juiz fundamentando a adequação e a necessidade para aplicação do “princípio da proporcionalidade/razoabilidade”.

De forma equivocada, passaram a fazer sopesamentos sem qualquer fidelidade à ponderação alexyana. Assim se a ponderação em Alexy já era problemática porque ainda presa ao paradigma sujeito-objeto, sem escapar do subjetivismo, a vulgata que foi feita, principalmente no Brasil, fez com que esta – a ponderação – não passasse de um simples álbi teórico, com ela podendo ser extraída qualquer decisão (STRECK, 2014, p. 60)

Resta, portanto, evidente que essa retórica principiológica Neoconstitucionalista é um dos pontos que deu condições para o desenvolvimento do ativismo judicial brasileiro.

3.3 Da clássica separação dos poderes até o protagonismo do Judiciário.

A autocracia (poder de um) é um gênero das formas de governo na qual o poder estatal está concentrado em uma só figura, possuindo diversas espécies ao longo da história da humana, a partir do movimento iluminista essas formas de ter o poder absoluto passaram a ser combatidas, sobretudo devido ao abuso, a solução clássica contra esse dilema foi apresentada através da obra prima de Charles de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, na qual se separou as funções essenciais do Estado em três: a de fazer as leis, pertenceria ao poder legislador; a de executar as leis, pertenceria ao poder executivo; a de aplicar as leis nos conflitos, pertenceria ao poder judiciário.

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MOTESQUIEU, 2000, p. 168)

Além disso, Montesquieu apontou a necessidade de interferências recíprocas entre os poderes para se manter o necessário equilíbrio e autonomia entre si, tal proposta foi futuramente aperfeiçoada pelos constitucionalistas americanos até se chegar na moderna fórmula dos pesos e contrapesos (*checks and balances*).

Essa possibilidade de um poder intervir nos demais, obviamente dentro das possibilidades constitucionais e com o devido respeito as funções que o outro deve cumprir, é extremamente necessária e até natural, esta “hierarquia entrelaçada” visa evitar que um deles ao ultrapassar suas funções de forma autoritária acabe se tornando o “dono” da constituição.

A Constituição Federal Brasileira, em seu Art. 2º, cristalizou entre nós a separação dos poderes, os quais são harmônicos e independentes entre si.

Porém, com a complexidade da vida contemporânea, o poder legislativo vai paulatinamente deixando de dar uma resposta rápida, eficaz e objetiva as demandas sociais de um nova era moderna, isso transferiu a responsabilidade de resolver essas lacunas e indeterminações do direito aos juízes, o fenômeno é facilmente observável, basta verificar que até hoje o direito de greve do servidor público, contemplado na CF/88, não foi legislado para dar eficácia ao comando constitucional, motivando o Supremo Tribunal Federal a determinar a aplicação da Lei de Greve (Lei nº 7.783/19890 aos Servidores Públicos em razão da costumeira morosidade do poder legislativo, conforme disposto no Mandado de Injunção de nº 670, 708 e 712).

Ademais, as alterações/evoluções surgidas pelo neoconstitucionalismo com uma nova postura na aplicação e na interpretação do Direito Constitucional, contribuiu, e muito, para o protagonismo do poder judiciário, conforme se observa nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2008, p.127), que a partir do neoconstitucionalismo, passou a existir, em síntese: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.

Segundo Luís Roberto Barroso, mundialmente existiram três grandes fatores para esse foco no poder judiciário:

- (i) Reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático;
- (ii) Um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentares em geral;

(iii) atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como no caso de uniões homoafetivas, interrupção de gestação, direitos de minorias, etc. (BARROSO, 2016, p 7)

De fato, todas estas circunstâncias se reproduziram no Brasil, entretanto a explosão do número de processos judiciais por aqui se deve as próprias características da constituição brasileira, homenageando o livre acesso e a inafastabilidade do Poder Judiciária para apreciar qualquer lesão ou ameaça ao direitos fundamentais constitucionais, neste mesmo contexto, ainda restam as hipóteses de controle de constitucionalidade onde o Judiciário pode eventualmente atuar como legislador negativo (ADI e ADC)² ou como legislador positivo (mandado de injunção ou ADO), e até mesmo no âmbito da ADPF.

A expansão das fronteiras do poder Judiciário acaba por invadir cada vez mais o plano de influência dos outros poderes, levando a fenômenos problemáticos e adversos como a Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o Ativismo Judicial.

Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorre do desenho institucional vigente, e não de uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial (BARROSO, 2016, p 8)

Só lembrando sobre nosso desenho institucional brasileiro, existe um modelo misto de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado, no primeiro, cada juiz tem competência para invalidar uma norma inconstitucional num caso concreto, mas esta permanecerá ainda no ordenamento jurídico, só podendo ser retirada em sede de controle concentrado, o qual compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

²Cumprir destacar o caráter dúctil ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, conforme consta positivado no Art. 24 da Lei nº 9.868/1999: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

3.4 Dos desvios constitucionais (Judicialização da Política, Politização da Justiça e Ativismo Judicial).

Primeiramente, deve-se ter em mente que esses três fenômenos não são sinônimos, cada um tem conceitos distintos a seguir apresentados.

Judicialização da Política, segundo Barroso (2016, p. 6) significa “que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Este fato decorre, como dito anteriormente, desse modelo Neoconstitucionalista permitindo um controle pelo poder Judiciário do campo político, o qual tradicionalmente pertencente ao Legislativo e ao Executivo, transformando-o em um super poder.

A politização da justiça decorre da inclusão de “argumentos políticos no interior do sistema e do discurso judicial, através da lógica-partidária ao processo de tomada de decisão judicial”. (VERBICARO, 2017, p. 328).

Ambos os fenômenos da Judicialização e da politização são relacionados, onde o primeiro gera inexoravelmente o segundo, entretanto, a politização da justiça tenta implementar um “controle externo” do Judiciário, o pensamento das ruas estampado nas manchetes da imprensa chegam nos tribunais, e os juízes passam ao debate tal qual fazem os parlamentares do legislativo, deixando a argumentação jurídica para segundo plano.

Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando – perdoe-se o pleonasmo – no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial. (FILHO, 1994, p. 16)

Ao final temos o ativismo judicial, que em parte é uma consequência dos outros fenômenos mencionados, a atitude dos juízes vai cada vez mais tornando-os “juízes legisladores” e/ou “juízes políticos” ao interferir na política dos dois outros Poderes, essas atitudes muitas vezes extrapola os conceitos jurídicos constitucionais e legais vigentes e rompe ilegitimamente a harmonia entre os poderes.

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2016, p. 10)

Nesta mesma diáspora, explica Lenio Luiz Streck.

É preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. (STRECK, 2014, p. 87)

No mundo teórico, existe uma separação entre a concepção de direito e política, o primeiro é o primado da lei e o respeito à constituição, o segundo é princípio majoritário e a soberania popular, por essa razão, o poder Judiciário é dotado de garantias constitucionais para sua independência visando aplicação do direito posto, inclusive de forma contra majoritária. Entretanto, no mundo real há uma verdadeira confusão ou fusão entre direito e política.

Observando-se nosso contexto sociopolítico, num contexto pós-ruptura de um regime militar e da instalação de um governo civil, não causa estranheza que a prática jurídica brasileira tenha adotado os elementos do Neoconstitucionalismo e tenha passado a associar regra a uma ideia de autoritarismo, característico da ditadura, e os princípios jurídicos a uma ideia de democracia, recém formada com a Constituição de 1988, quando na verdade, tudo não passa de uma retórica e pragmatismo principiológicos para se atingir fins políticos ou de cunho particular, sobretudo, pela má aplicação do procedimento de sopesamento de princípios de Alexy, conforme leciona Lenio Streck.

os pragmaticismos tomam emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade. [...] Em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade). (STRECK, 2014, p. 87)

Esta perspectiva sobre o uso correto ou não da ponderação será analisado com mais afinco no próximo capítulo.

4. CRÍTICAS A PRÁTICA JURÍDICA: O MAU USO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

No Brasil a modernidade chegou de forma atrasada, certas ideias jurídicas foram incorporadas sem o devido preparo e discussão dogmática, no caso do neoconstitucionalismo, sua aceitação decorreu em grande parte da enorme desconfiança do governo e dos parlamentares brasileiros na últimas décadas, sobretudo devido aos altos níveis de corrupção, isso dá espaço e legitimidade para teorias cujo objetivo é restringir ou mitigar a competência do legislativo e do executivo no âmbito das decisões políticas.

Não é por menos que o Neoconstitucionalismo é criticado por significativa parte da Doutrina, mais precisamente sobre o uso indiscriminado da ponderação pelos Tribunais Superiores, assunto este que passaremos discutir nos próximos sub capítulos, primeiramente observando os precedentes nos julgamentos do STF e após comparando os resultados com o que foi verdadeiramente proposto pela Teoria de Robert Alexy.

4.1 Precedentes nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, como Corte Constitucional tem a importantíssima função de zelar pela interpretação e aplicação da Constituição, desta forma, suas decisões tem uma enorme importância qualitativa para a sociedade, principalmente quando envolve a defesa em última instância dos direitos e garantias fundamentais consagrados na CF/88. No senso comum brasileiro, os onze Ministros do Supremo compõem o topo da expertise entre os Juízes, pois para ocuparem uma vaga devem possuir um notório saber jurídico e uma reputação ilibada, com tais qualidades, em tese, seriam impassíveis de cometer erro.

No entanto, a história demonstra que até a mais alta instância comete equívocos em situações das mais polêmicas, ocasionando críticas da comunidade acadêmica decorrentes de suas decisões controversas, a exemplo de autores como Lênio Streck, Fausto Santos de Moraes, Marcelo Neves, Humberto Ávila.

O intuito do presente trabalho é apresentar alguns casos polêmicos e analisa-los do ponto de vista técnico sobre o mau uso da teoria dos princípios para justificar atitudes ativistas com forte interesse político prévio, logo, não será discutido o mérito do julgado, se foi justo ou injusto.

4.1.1 O Caso Ellwanger (HC 82.424/RS)

O caso, em suma, envolveu o escritor gaúcho Siegfried Ellwanger Castan, o qual foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao cumprimento de dois anos de reclusão pelo crime de racismo, nos termos do Art. 20 da Lei nº 7.716/89, ao ter publicado e vendido livros antissemitas de sua autoria, a exemplo da obra “Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século”.

Em 2002, o caso chegou no STF através do habeas corpus de nº 82.424-2, cuja defesa tinha um único argumento, a prescrição do crime de racismo pois o povo judeu não constituía uma raça, sendo assim, não haveria ofensa ao inciso XLII, do art. 5º, da CF/88, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

De um ponto de vista hermenêutico, o debate da questão poderia ter se restringido a análise do conceito de racismo (superioridade entre raças e/ou etnias) e do movimento antissemitista (ódio histórico, étnico, cultural e/ou religioso contra judeus), a analogia com as perseguições sofridas contra negros e índios pelos brancos, e o direito comparado alemão, afinal, se judeu for considerado raça, o delito não prescreveu, correta a pena aplicada pelo TJRS. A interpretação seria aplicada por subsunção por já constar a resposta no ordenamento jurídico.

Entretanto, os Ministros transformaram o julgamento de um easy case (caso fácil) num verdadeiro hard case (caso difícil) ao iniciarem uma discussão sobre uma suposta colisão entre os princípios da liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana.

como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana) sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? (SAMPAIO, 2006, p. 197)

Para piorar a situação, valendo-se da mesma metodologia interpretativa através do uso do recurso da proporcionalidade, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio chegaram em entendimentos completamente opostos, onde o primeiro votou pela negação do *writ* sobre o fundamento de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista com limites impostos à liberdade de expressão, já o segundo votou pela concessão do HC defendendo que a liberdade de expressão não pode ser restringida pela simples opinião discriminatória.

O julgamento do caso Ellwanger terminou em 8x3, restando por negada a concessão do Habeas Corpus.

este sentido, a própria utilização do juízo de ponderação para decidir uma questão de enquadramento típico penal é bastante controversa. Com efeito, levando-se em conta a ideia de certeza da lei penal (uma consequência do princípio da estrita legalidade), há um grave déficit de segurança jurídica (e, por conseguinte, de limitação ao jus puniendi) quando o enquadramento de uma conduta como crime depender de um juízo de ponderação, não de subsunção. (TORON, 2020, p. 97)

Desta forma, resta evidente que a depender do Ministro, liberdade de expressão pode ter um peso maior ou menor, se hipoteticamente houvesse recurso para uma Corte “ultra suprema” por exemplo, qual deles usou corretamente a máxima da proporcionalidade?, impossível dizer, pois o critério foi claramente discricionário.

Novamente a título de exemplos, numa lógica diferente do presente caso, o STF no julgamento da ADPF 187/DF (caso da Marcha da Maconha) não considerou como crime a ilicitude da conduta de quem instiga, induz ou ajuda alguém a usar drogas (nos termos do Art. 33, §2º, da Lei 11.343/2006 – Lei Antidrogas –, c/c Art. 286 do CP) por privilegiar o princípio da liberdade de expressão versus os crimes contra a paz pública, porém, o Supremo no julgamento da ADPF 130/DF foi além e na tese vencedora afirmou que a liberdade de expressão não é norma-princípio e não pode ser sopesável, ou em outras palavras, tem peso absoluto, o que é incompatível com a perspectiva de Alexy sobre os Direitos Fundamentais, bem como a tendência contemporânea em termos de análise sobre *fake news*.

Logicamente, nos julgamentos citados as composições do STF eram diferentes, e depender de como usam o recurso da ponderação de princípios, ora as decisões serão mais conservadoras, ora serão mais liberais, é a discricionariedade a serviço do ativismo judicial, em termos de matéria penal, a técnica da ponderação não transmite segurança.

4.1.2 O Caso da Vaquejada (ADI 4.983/CE)

Atualmente, em todo o mundo, existe uma preocupação dos legisladores em proteger os animais domésticos e silvestre contra práticas abusivas e cruéis praticadas por seres humanos, imputando aos animais uma certa dignidade para evitar seu tratamento como mera “coisa”. Embora tardiamente, a vedação categórica contra a crueldade contra os animais veio esculpida no Art. 225, § 1º, VII, da CF/88,

in verbis:” proteger a fauna e a flora, **vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade**”.

Em 1997, o STF enfrentou o tema e julgou como inconstitucional a farra do boi.

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi” (STF – RE nº 153.531 SC, Relator: Francisco Rezek, Julgamento: 03.06.1997 Publicação: 13.03.1998)

Posteriormente, em 2007, outra forma de crueldade contra animais, as rinhas e brigas de galo, é declarada inconstitucional pelo STF.

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo” (STF – ADI: 3776 RN, Relator: Cezar Peluso, j. 14/06/2007)

Até este ponto, mesmo com o uso da técnica da ponderação por parte de alguns poucos Ministros, prevaleceu a percepção estrita criada pelo legislador constituinte originário que veda, sem exceções, a crueldade contra animais.

Em 2013, o MPF entrou com a ADI nº 4.983 contra uma Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, a qual autorizava e regulamentava a prática da atividade da vaquejada, lançada ao patamar de atividade cultural e desportiva.

A vaquejada consiste, em suma, na tentativa de dois vaqueiros de derrubar um touro em fuga puxando-o pelo rabo numa determinada linha, a prática é sabidamente violenta pelo risco de arrancamento da cauda (continuação da coluna vertebral do animal) e outras lesões decorrentes da queda.

Porém nas últimas décadas, a vaquejada se tornou uma atividade lucrativa, antes do julgamento, a mídia destacava que 600 mil empregos no Nordeste estariam em risco, passeatas e protestos ocorrem em várias cidades, constituindo um verdadeiro caso de politização da justiça.

O placar apertado, 6x5, declarou a inconstitucionalidade da lei cearense, com destaque para vários Ministros se valendo da técnica da ponderação e

chegando a resultados contrários. Além disso, numa análise racional do Art. 225, § 1º, VII, da CF/88 pode-se retirar que seria possível a manifestação cultural ou prática desportiva envolvendo animais, desde que provado estar ausente qualquer crueldade, assim, não haveria o que se falar em lesão mútua entre os princípios constitucionais envolvidos, não sendo pois hipótese de ponderação.

outrossim, causa espécie o recurso ao instituto da ponderação, que transparece em vários votos em todos os casos(inclusive no da vaquejada) no sentido de sopesar a proteção dos animais e a proibição de crueldade com direitos e princípios conflitantes, como se dá no caso de práticas culturais tradicionais em determinados ambientes. O equívoco que aqui se busca desnudar, ao menos, ao menos para efeitos de reflexão mais crítica, reside no fato de que a proibição de crueldade com os animais, a exemplo da proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante, assume a feição quando à sua estrutura normativa, de regra estrita, que proíbe determinados comportamentos. Tal regra, consoante adiantado, corresponde a uma “ponderação” prévia levada a efeito pelo constituinte e, por isso, não pode ser submetida a balanceamento com outros princípios e direitos. (TORON, 2020, p 108)

Dois meses após a decisão do Supremo, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 97, para acrescentar o §7ª ao Art. 225 da CF com o objetivo de trazer uma exceção ao § 1º, VII deste mesmo artigo, sobretudo pela atuação e inconformismo da bancada ruralista, restando ao Judiciário o desgaste.

4.1.3 O Caso da Clínica de Aborto (HC 124.306)

Os casos envolvendo aborto são sempre polêmicos por envolver disputas morais e religiosas, no nosso ordenamento jurídico só se pode abortar quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) ou o aborto em que a gravidez é decorrente de estupro (aborto humanitário).

No presente contexto, duas pessoas foram presas em flagrante acusadas de atuar em uma clínica de aborto, respondendo pelo crime previsto no Art. 126 do CP, no HC que chegou ao Supremo discutia-se pontos para decretação de custódia preventiva dos réus, entretanto, para esse estudo, a crítica se resume a apenas uma das três fundamentações principais do Ministro Luís Roberto Barroso, no seguinte teor extraído da HC 124.306, in verbis:

Tratava-se de caso de interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, uma vez que a criminalização, em tal hipótese, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem **como o princípio da proporcionalidade**. (grifo nosso).

Cabe destacar as palavras de Luís Roberto Barroso, bem antes do julgamento da ADPF nº 54 em 2012, a qual permitiu as gestantes de anencéfalos

têm direito de interromper a gravidez, lembrando que Barroso só se tornou Ministro do STF em 2013.

Cumpra-se acerca da postura ética ideal em situações como esta. O senso moral de cada um envolve elementos diversos, que incluem: a) a consciência de si, a definição dos próprios valores e da própria conduta; e b) a percepção do outro, o respeito pelos valores do próximo e a tolerância com sua conduta. Não se trata de pregar, naturalmente, um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade. **Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas. É exatamente esta a tese defendida no presente estudo** (BARROSO, 2007, p. 9)

Observa-se no trecho um juízo ideológico-pessoal do Ministro a respeito da autonomia privada da mulher ou, esmiuçando, na defesa dos diversos direitos fundamentais da mulher contra a vida potencial do feto.

No voto presente Habeas Corpus, Barroso afirma, como parte da retórica da ponderação de princípios, que a tipificação do crime do aborto teria “duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro”

Na teoria proposta de Alexy, a técnica da máxima da proporcionalidade (chamada por muitos de princípio da proporcionalidade), se subdivide, como explicado, em três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No argumento destacado acima, Barroso não cumpre o requisito da adequação, pois a proibição do aborto foi um meio adequado criado pelo legislador para proteção da vida do nascituro, se não foi um meio adequado, qual seria? Isso o Ministro não responde, pois a palavra “duvidoso” tem todo um conteúdo de imprecisão.

Não se mede a adequação de meios para obtenção de fins por meio do seu grau de eficácia social, do contrário, a própria noção de norma jurídica “iria por água abaixo” na medida em que sua concretização ficaria à mercê das condições contingenciais e aleatórias” O que o Ministro Roberto Barroso fez foi um retorno ao realismo jurídico por meio de uma equivocada interpretação da teoria dos princípios de Alexy. (TORON, 2020, p. 252)

No âmbito da necessidade o referido Ministro aponta em políticas públicas como educação sexual e distribuição de anticoncepcionais como medidas preferíveis a criminalização do aborto, mas primeiro, caberia ao executivo implementar um alto nível de sucesso mensurável dessas medidas, no entanto, pela atual conjectura

brasileira não há como se garantir o mínimo de resultado nessas políticas para se criar um excludente penal.

Não se invalida uma lei com argumentos de política ou de moral. Os julgamentos devem ser de princípios. Por isso, é desimportante aquilo que o juiz pensa ou acha pessoalmente acerca do conteúdo da lei. É desimportante se o juiz é contra ou a favor do aborto. Quem vai a juízo não o faz para perguntar a opinião pessoal do julgador. A linguagem privada deve ceder à linguagem pública, locus no qual é produzido o Direito. (TORON, 2020, p 252)

Por fim, tem-se a crítica ao Ministro Barroso no quesito da proporcionalidade em sentido estrito, pois primeiramente ele se posicionou de qual lado do direito ia defender, dentro de uma concepção prévia moral e política já debatida, neste caso a defesa dos direitos da mulher, para só depois encontrar explicações do porque preferem um direito ao outro, num uso inadequado da Teoria da Ponderação de Alexy, isso resulta num caso clássico de ativismo judicial, pois não caberia a um magistrado se substituir a todos os parlamentares para promover tal inovação no nosso ordenamento jurídico.

4.2 Detalhando a Teoria de Alexy e o risco da discricionariedade como resultado dos sopesamentos.

A pretensão de correção ou pretensão normativa é ligada à realidade social de um determinado país, busca-se que as normas vigentes incluam todas as pessoas por ele afetadas, e estas aceitando cumprir comportamento descrito na norma dão validade a esta pretensão, mas para uma pretensão normativa ser aceita as razões dela devem ser expostas através de um consenso (uniformidade de opiniões) jurídicas. A importância das pretensões de correções é influenciar o comportamento das pessoas para criar um acordo implícito de convivência entre as pessoas na sociedade.

Na pretensão de correção de Alexy este consenso não resta claro pelo seguinte motivo, todo o ordenamento jurídico é vinculado à Constituição, nela estariam as normas de Direito Fundamental e estas seriam as fontes de produção das regras e princípios jurídicos. Entretanto, por mais perfeita que for a Constituição esta não estaria imune a uma lacuna, ambiguidade ou outras perturbações semânticas, de certa forma que quando não houvesse nenhuma dúvida no texto constitucional aplica-se as regras, do contrário, deveria ser utilizado os princípios jurídicos para resolver a brecha semântica entre o que é proibido e permitido.

Para Alexy, a noção de Pretensão de Correção serviria de aporte moral, pelo qual as opções valorativas do julgador poderiam ser racionalmente(argumentativamente) justificadas.[...] Um dos problemas estaria nessa proposta, qual seja: parte Alexy da cisão entre a decisão como produto de juízos de valor, mais precisamente, hierarquizador de valores via esquemas de sopesamentos, cuja fundamentação se daria a posteriori através de uma série de regras argumentativas que qualificariam a decisão judicial como racional e, portanto, lhe dariam legitimidade. (MORAIS, 2018, p. 260 – 261)

É relevante se destacar ser indiscutível a importância da Teoria dos Princípios no Direito, principalmente na estrutura de distinção entre regras e princípios como base para solução de problemas envolvendo direitos fundamentais. Alexy (2008) desenvolveu a concepção de que tantos princípios como regras são espécies do gênero normas, operam no campo deontológico do dever-ser através de proibições, permissões ou faculdades.

Essa distinção tem toda uma consequência metodológica, uma vez que casos mais simples (*easy cases*) seriam resolvidos por subsunção, já os casos complexos (*hard cases*) que geralmente ocorrem pela colisão entre princípios teriam sua resolução com base na chamada “lei de colisão”.

A lei de colisão apresenta uma solução com base na precedência entre princípios, cuja formulação é a seguinte: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.(Alexy, 2008, p. 99). Tais condições de precedência seriam orientadas por uma metarregra da “máxima da proporcionalidade”, subdividida em três máximas parciais, conforme explica o próprio Alexy:

da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2008, p. 116)

Essas três submáximas são importantíssimas na argumentação e não podem falta, devendo ser enfrentadas um a uma na ordem em que apresentadas, se um falhar, encerra-se o procedimento.

Ao chegar-se na última máxima parcial (proporcionalidade em sentido estrito), se dará início ao uso da lei do sopesamento, chamada também de ponderação, relativização ou balanceamento. A referida lei é subdividida em duas regras de sopesamento: A material segundo a qual “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da

satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593) e a Epistêmica segundo a qual “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” (ALEXY, 2008, p. 617).

O resultado de todo esse procedimento da máxima da proporcionalidade seria a obtenção de uma regra, chamada por Alexy de “regra de direito fundamental adstrita”, que por fim seria aplicada por subsunção ao caso concreto, permitindo-se a conclusão se houve uma proibição ao excesso ou uma proibição da proteção deficiente.

Todo esse arcabouço teórico serve de associação entre a fundamentação do Direito e a argumentação jurídica, com o objetivo de possibilitar a esta última o poder para legitimar racionalmente os juízos de valor intrínsecos decorrentes do uso lógico do sopesamento e da subsunção. Isso abre o direito à moral e enfraquece todo o sistema, não se pode confiar que a argumentação vai ser racional, quando se existe o elemento da discricionariedade de quem irá fazer o juízo de valor.

Nesse conjunto, Fausto dos Morais explica essa construção da proposta teórica de Alexy na prática jurídica brasileira:

a) a relação entre Direito e Moral se funda no poder racional do sujeito, qualidade essa que permite o juízo quanto ao certo ou errado. No direito, isso ganha tratamento na condição de Pretensão de Correção. Ela pode ser formal na condição do direito positivo, como produto do legislativo. Pode ser material em dois aspectos: um geral, em que todo o sistema jurídico é qualificado moralmente pela pretensão de correção, outro, individual, quando se emite juízos de adjudicação sobre determinado caso de acordo com o Direito e a Moral; b) por faltar definição mais específica do conceito de Pretensão de Correção que oriente o intérprete na adjudicação é que há necessidade de adição de valores “extrajurídicos”, pensar a interpretação em Alexy parece apenas estabelecer uma ligação subsidiária entre direito e Moral. Assim, no limite do Direito, poderia o intérprete apelar à Moral. c) Mas, se o discurso jurídico é atravessado pelo discurso prático geral, questão do apelo do Direito à Moral não foi devidamente tematizada, **eis que, ao invés de se discutir a intersubjetividade via o discurso jurídico, estar-se-ia usando o discurso jurídico como elemento retórico à justificação da correção do Direito pelo Moral**”. ariam a decisão judicial como racional e, portanto, lhe dariam legitimidade. (MORAIS, 2018, p. 259)

O próprio Alexy reconheceu que dentro da Teoria da Argumentação, de onde surgiu o sopesamento, não estaria imune à discricionariedade intelectual (epistêmica) pela escolha de um princípio em detrimento de outro, assim explica, “A questão acerca da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório. Proibido ou facultado em virtudes dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p 612).

Os poucos exemplos citados neste trabalho sobre o mau uso da estrutura metodológica envolvendo o sopesamento de princípios corroboram com o estudo de Fausto Santos de Moraes, que ao analisar 189 decisões do STF nos últimos dez anos sobre o emprego da máxima da proporcionalidade concluiu de modo relevante que:

- I) não se constatou nas decisões do STF uniformização quanto ao procedimento de identificação dos princípios colidentes por força de casos concretos. O que se viu foi a aplicação do princípio da proporcionalidade, por vezes, com a simples indicação de apenas um princípio discutido na decisão;
- II) a referência feita às colisões não se restringiu aos princípios jurídicos – muito – muitos menos foram levados à risca a sua condição de mandamentos de otimização – identificou-se que os casos concretos promoviam colisão tanto entre princípios, quanto entre bens, interesses, valores e Direitos Fundamentais;
- III) Quando à metodologia da máxima da proporcionalidade, não foi possível identificar qualquer decisão que tenha seguido estritamente o modelo de Robert Alexy, no que diz respeito à análise subsidiária dos testes de adequação, necessidade e sopesamento; em alguns casos, as máximas da adequação e necessidade serviram de critérios à resolução. Em outros, a proporcionalidade em sentido estrito, na condição de sopesamento, serviu isoladamente para determinar a decisão;
- IV) em nenhuma decisão se produziu explicitamente – e, dificilmente implicitamente – a lei de colisão, norma de direito fundamental adstrita, regra harmonizadora dos “princípios” no caso concreto, passo primordial para Alexy no combate do decisionismo judicial. Isso porque, feita a lei de colisão, deveria o juízo apresentar a justificação (argumentação) que desse suporte racional à decisão;
- v) em boa parte das decisões, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram empregados como sinônimos do abuso do Estado no âmbito do seu ato analisado;
- vi) nas decisões que aplicavam penalidades, a proporcionalidade foi utilizada com o sentido de (in)correção das penas aplicadas – no âmbito penal ou administrativo;
- vii) identificou-se nas decisões a força performática da proporcionalidade como justeza ou correção do posicionamento assumido;
- viii) constatou-se decisões em que o princípio da proporcionalidade foi associado à aferição da proibição do excesso ou à proibição da proteção deficiente;
- ix) no que diz respeito ao abuso de poder, por vezes, a proporcionalidade e a razoabilidade são indiscriminadamente equiparadas pelo STF para constatar tal incidência;
- x) em decorrência do item anterior há decisões que reportam a proporcionalidade e a razoabilidade à previsão constitucional brasileira do devido processo legal, conforme artigo 5º, inciso LIV;
- xi) o emprego da proporcionalidade geralmente vem acompanhado de adjetivações como: inquisição dos limites dos limites, núcleo essencial. Âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais ou reserva legal proporcional;
- xii) não foi possível, por fim, identificar a estipulação de uma ordem objetiva e flexível de “princípios-valores”, com a função de estabelecer uma carga argumentativa a ser considerada pelo STF. (MORAIS, 2018, p. 260 – 261)

Isto posto, pode-se afirmar uma fragmentação da Teoria dos Princípios e da Máxima da Proporcionalidade na argumentação do STF, onde certas partes são aplicadas outras ignoradas (adequação e necessidade), um verdadeiro mau uso

dos princípios jurídicos para se alcançar as mais nobres, ou não, ambições que o julgador entenda.

O uso indiscriminado da “ponderação de princípios” pelo STF é observado por toda a prática jurídica brasileira, sobretudo, nas instâncias inferiores, onde através dessa linda retórica dos princípios se resulta num verdadeiro ativismo judicial, no qual juízes na hora da decisão são guiados pelo solipsismo, “decido conforme minha consciência”, não é por menos, que expressões como “ditadura do judiciário”, “superpoder judiciário”, “usurpação de poder” ganham mais destaque no contexto jurídico brasileiro.

Por fim, é sempre importante lembrar que toda essa crítica ao ativismo judicial brasileiro encontra respaldo no fato dos juízes serem uma “*élite técnica*”, cuja forma de ingresso se dá através de concurso público, ou seja, não há nenhuma participação popular em suas escolhas, entretanto eles tratam de problemas sensíveis que afetam toda a sociedade, não bastando uma mera ou simulada retórica principiológica para dar legitimidade a suas decisões.

É justamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo “princípio procedimental”. Enquanto princípio procedimental, **ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.** (ALEXY, 2008, p 615, grifo nosso)

Portanto, neste ponto deve-se concordar com Alexy quando criou o referido princípio do legislador democraticamente legitimado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na história da evolução do Direito, este já foi concentrado na figura dos líderes de clãs e nos líderes religiosos, durante a idade antiga, depois na figura do monarca durante a Idade Média. O desenvolvimento e o progresso das sociedades motivaram o surgimento do positivismo que influenciou a busca do homem pela limitação do absolutismo dos reis, e conseqüentemente levou a criação das constituições nacionais, caracterizando o período do Império da Lei e o culto ao legislador.

O chamado constitucionalismo mostrou-se, contudo, incapaz de evitar o surgimento de movimentos fascistas e totalitários, responsáveis pelos horrores causados pelas duas grandes guerras e pelas violações aos direitos humanos, a partir deste contexto que surgiu o, então, neoconstitucionalismo.

O direito, acima de tudo, é um fruto da história humana.

Em verdade, a partir do Neoconstitucionalismo o foco passou a ser o Poder Judiciário, com uma nova postura na aplicação e na interpretação do Direito Constitucional, sobretudo no uso indiscriminado dos princípios, da máxima da proporcionalidade e da técnica do sopesamento pelo STF como restou demonstrado, aplicando parcialmente a Teoria de Alexy, inclusive, tal prática danosa é reproduzida pelos outros tribunais.

Observando a prática jurídica brasileira pode-se dizer que existem duas formas de como enxergamos os princípios, Teleologicamente ou Deontologicamente.

Na perspectiva deontológica, os princípios não são valores, são um dever-ser, ou seja, são normas para correção de suas intenções, ações, ideologias, servindo para nortear o que realmente deve ser feito. Nesta tese, os princípios são construídos como uma manifestação histórico-cultural de uma sociedade política, ou seja, um princípio é um padrão, um código de comportamento lícito-ilícito que foi construído historicamente no seio de uma sociedade e por isso deve ser obedecidos pelos juízes com a devida responsabilidade política.

Na compreensão teleológica os princípios são o mesmo que valores, e as decisões judiciais tem foco na finalidade a ser almejada (justiça, liberdade, igualdade), esse tipo de aplicação dos princípios fragiliza o direito, pois valores são algo que mudam demais com o tempo e cada um tem sua compreensão própria de valor, a qual são influenciadas por diversos fatores, como cultura, tradição, cotidiano, religião, e educação.

No Brasil chega a ser preponderante a aplicação dos princípios de forma Teleológica pela prática jurídica, onde os meios são praticamente eliminados da fundamentação, a exemplo dos requisitos parciais da adequação e da necessidade, para que os fins sejam alcançados com base na simples retórica dos princípios e na autoridade dos Juízes, principalmente dos Ministros do Supremo.

Entretanto, devemos acabar com essa noção de quem obteve maioria numa votação de um caso complexo estar certo, isso é uma falácia, na qual a reputação de uma autoridade é capaz de validar um argumento falso, que neste caso, recai sobre o mau uso da ponderação por ser discricionária, subjetiva e pouco assertiva.

É importante se destacar que a Teoria de Alexy foi formulada num ordenamento jurídico bem diferente do brasileiro, e aqui se implantou quase sem nenhuma crítica. Esta apatia se deve pelo mais variados motivos, tanto pelo fascínio doutrinário de uns como forma de resolver os problemas sociais que os demais poderes não conseguem resolver, como pela intenção de uns em se valer desse juízo de ponderação para lançar as mais exorbitantes teses jurídicas com o fulcro de afastar regras que impeçam seus objetivos pessoais.

Neste contexto, os operadores do Direito e o universo acadêmico tem de ficar atentos e fiscalizar todo esse mau procedimento no uso dos princípios, e após encontrá-los, fazer o constrangimento epistemológico, termo cujo significado pode ser traduzido como uma crítica para se colocar em xeque decisões equivocadas.

Justamente neste ponto se releva a importância da hermenêutica, disciplina mau valorizada pelos alunos de direito, cujas teorias se fazem necessárias para correta interpretação, integração e aplicação do Direito, para se criticar é necessário antes de tudo, conhecimento.

Ademais, observa-se que se o ativismo judiciário perdurar, a mesma crise de representatividade que aconteceu com os parlamentares em geral pode acabar acontecendo com os juízes, expressões como “ditadura do judiciário” e desconfiança sobre as práticas políticas dos magistrados estão ficando cada vez mais comuns, essa contaminação começa a abalar o prestígio que antes o judiciário gozava.

Por certo, bom seria que o legislativo e o executivo cumprissem seu devido papel de forma rápida e eficiente para resolver os anseios sociais da sociedade moderna, basta observar que leis para gravidez assistida (barriga de aluguel) sequer foram tratadas, mas a preocupação dos políticos em conseguir votos para se re-elegerem os afasta normalmente de temas controversos, entretanto, quando querem, a exemplo do caso da vaquejada, exercem sua devida responsabilidade na

elaboração das leis como os legítimos representantes do povo, se suas decisões foram justas ou injustas só caberá a sociedade decidir, retirando aqueles políticos indesejáveis por meio do voto popular responsável.

Contudo, na realidade brasileira chega a ser muito difícil que tais perspectivas descritas no parágrafo anterior aconteçam, o que leva a sugestão de estudo, se para combater os males do ativismo judicial já não seria o momento de se pensar em uma “nova separação dos poderes”, como forma de evitar essa atual disputa política entre os poderes, onde um ficaria a cargo da definição das políticas públicas, outro a cargo da execução das políticas públicas e o último faria o controle da política.

Por fim, resta o alerta a comunidade jurídica para pleitear o uso deontológico dos princípios e o devido uso da teoria da Alexy, pois se continuarmos utilizando-os de forma equivocada e discricionária, teremos, ao final, umas supernormas que ao invés de curar como remédio agiram como veneno e comprometeram de vez a existência do próprio Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés, trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **"Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição"**. Revista Panóptica ano 1, n 7, São Paulo, 2007

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo** – Revista Jurídica da Presidência.

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acessado em 7 de junho de 2020.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito(o trinfo tardio do direito constitucional no Brasil)** – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 2005.

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> . Acessado em 3 de junho de 2020.

BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**; copiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Calor E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. 1. Ed. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Palácio do Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 1 de junho de 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. (1998). **Hermenêutica Jurídica** <<https://web.archive.org/web/20150109222411/http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>>. Acessado em 1 de junho de 2020.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus, 1975, p. 68-150.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Faoro, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Ed. Globo, 1958.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça** – Revista de Direito Administrativo.

GILISSEN, John: **Introdução histórica ao direito**. Trad. de A.M. Botelho Hespanha e I.M. Macalásta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407> . Acessado em 8 de junho de 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Batista Machado]. 6ª ed – São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito** , Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 1. ed. Apresentação Renato Janine Ribeiro; Tradução de Cristina Murachco . São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Fausto dos Santos. **Ponderação e Arbitragem: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF**/ coordenador Lenio Luiz Streck, 2 ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2018.

RADBRUCH gustav, **Der Mensch im Recht O homem no Direito**, 1949, tradução e introdução prof. Jacy de Souza Mendonça.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado** – 5ª ed. Rev. - São Paulo; Saraiva, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política** – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, 2003, p. 607-630.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursiva**. 5. ed. Rev mod e ampl – São Paulo: Saraiva, 2014.

SUMMER MAINE, Henry. ***El derecho antiguo: parte general***. Madrid: Alfredo Alonso, 1893, p. 22.

TORON, Alberto Zacharias et al. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos** – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. 2.tir rev. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 3^a ed. Rev. e Atua. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.