

INVIABILIDADE JURÍDICA DO ARTIGO 489, § 2º DA LEI Nº 13.105/2015 (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Lara Livia Cardoso Costa Bringel ¹
João Paulo Landin Macedo²

RESUMO

Com a sanção e entrada em período de *vacatio legis* do novo Código Processual Civil Brasileiro, inevitável o surgimento de dúvidas e controvérsias quanto aos mais de mil artigos presentes na Lei. Com o intento de democratização processual e alavancando diversas inovações institucionais, alguns artigos podem ser objeto de preocupações futuramente. Dentre eles, encontra-se o art. 489, §2º deste Código de Processo Civil, o qual, à primeira vista, parece dar largo passo em direção à já consagrada constitucionalmente motivação das decisões judiciais. Contudo, sob um olhar mais profundo no dispositivo e saindo da análise perfunctória, de forma a notar os equívocos interpretativos e operacionais das expressões por ele empregadas, torna-se possível verificar o quão perigosa é a sua aplicação à fundamentação racional das decisões judiciais e a eficácia dos precedentes, valores que o próprio Código pretende eleger como vetores de toda sistemática, mormente fazer referência às normas jurídicas e à ponderação sem a precisão metodológica que reclama a dogmática jurídica acerca deste tema. Assim, releva-se um risco eminente de aprofundamento do subjetivismo e do arbítrio no âmbito jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação Racional; Normas; Novo Código de Processo Civil; Ponderação; Precedentes Judiciais; Subjetivismo.

ABSTRACT

With the enactment and entry into *vacatio legis* period of the new Civil Procedure Brazilian Code, it is inevitable the emergence of doubts and controversies as to over a Thousand articles present in this Law. With the intent of procedural democratization and leveraging various institutional innovations, some articles may be object of future concerns. Among them is the art. 489, §2º of the Code of Civil Procedure, which, as first glance, seems to stride towards the already established constitutionally motivation of judicial decisions. However, under a deeper look into the dispositive and out of perfunctory analysis in order to notice the interpretive and operational mistakes of the expressions for him employed, it becomes possible to see how dangerous is its application to the rational foundation of judgments and effectiveness of precedents, values that the Code itself intends to elect as vectors of all systematic, mainly refer to legal rules and the balance without methodological precision that demands legal doctrine on this subject. Thus, reference to an imminent risk of deepening subjectivism and arbitrariness in the judicial context.

KEYWORDS: Rational substantiation; New Code of Civil Procedure; Balancing; Judicial precedents; Subjectivism.

¹ Professora do Curso de Direito da Católica do Tocantins; doutoranda pela PUC/Minas; orientadora do Trabalho de Conclusão de Curso que deu origem ao presente artigo; larialiviacardoso@hotmail.com

² Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Católica do Tocantins

1 INTRODUÇÃO

Com a sanção da Lei nº 13.105, em 16 de março de 2015, mais conhecido como o “Novo Código de Processo Civil”, uma grande nuvem de dúvidas e acirradas discussões espalhou-se sobre o direito brasileiro. Não sem motivos, haja vista este ter sido o primeiro código (ou lei com mais de mil artigos) cuja tramitação legislativa se deu por inteiro em um período democrático no país. Pode-se dizer, inclusive, que as inovações estabelecidas pelo novo código pretendem democratizar o processo.

Ressalta-se que até o presente momento, esta lei se encontra em período de *vacatio legis*, ou seja, ainda não adentrou em sua vigência. Contudo, tal fato não impediu os estudiosos da doutrina em aprofundar-se na interpretação dos artigos que estão por vir. Seminários, Congressos, livros e até mesmo enunciados já podem ser lidos acerca dos temas mais controversos presentes nesta nova Lei Processual.

Dentre os mais discutidos, se encontra o Capítulo XIII, referente à “Sentença e da Coisa Julgada”, principalmente no que tange à Seção II, que trata “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença”, isto porque o Novo Código Processual adotou uma sistemática à luz da interpretação constitucional do processo, arrimada na fundamentação racional das decisões judiciais com fulcro no art. 93, IX e no respeito e valorização dos precedentes judiciais como forma de conceder segurança jurídica ao sistema, o que gerou intensa insatisfação de grande parte dos magistrados brasileiros, mas numerosos elogios da doutrina e da classe advocatícia.

Analisar-se-á, destarte, um dispositivo que se encontra alojado nesta Seção, qual seja, o art. 489, § 2º, cuja dicção expressa a utilização da conhecida “ponderação” Alexyana, na hipótese de haver uma “colisão entre normas”, justificando a sua utilização, o modo com que se deu e as razões pelas quais se entendeu que deveria ser afastada uma norma conflitua naquele caso.

Indubitavelmente, considerando o sentido alhures mencionado, o dispositivo em apreço parece, à primeira vista, concatenar todos os valores elegidos pelo legislador

no que tange ao aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais. Contudo, é sabido que em nem todas as oportunidades a intenção caminha junto à realidade.

Ocorre que o legislador nem sempre acerta e, quanto à terminologia empregada no art. 489, §2º, especialmente quanto às expressões “colisão entre normas” associada à “ponderação”, incorreu em erro hermenêutico que pode, na prática, colocar em risco toda a substância de valores democráticos que ele mesmo adotou para este novo código.

2 TEORIA DA NORMA JURÍDICA

Como primeiro passo à análise do art. 489, §2º da Lei nº 13.105/2015, e para que seja possível aprofundar na questão da suscetibilidade jurídica da expressão “colisão entre normas”, impende realizar um exame acerca da teoria da norma jurídica à luz dos sistemas jurídicos, deste o jus naturalismo, passando pelo positivismo jurídico, tanto exegético, como axiologista-voluntarista (kelseniano) e chegando ao pós-positivismo no paradigma do neoconstitucionalismo.

Tal estudo é de suma importância à verificação da consolidação de uma unicidade normativa que deu corpo à expressão “norma” como gênero das espécies regras e princípios. Outrossim, é salutar a análise de como se diferenciam estas categorias normativas, tanto quanto às características descritivas, aos critérios de aplicação e principalmente a resolução de choques (colisões/conflitos).

Neste sentido, Bonavides (2003, p. 257-258) reconstrói toda a evolução histórica da normatividade (princípios e regras) abrangendo as suas três principais fases: Jus naturalismo, Positivismo Jurídico e o Pós-positivismo.

A ideia de direito natural, ou jus naturalismo remonta ainda à época clássica, tendo se mantido acesa durante quase toda a Idade Média, paralelamente ao surgimento dos pensamentos positivistas, atingindo seu ápice e sucessiva decadência durante a Idade Moderna, no hiato temporal entre o século XVII e o final do século XVIII. Com efeito, Bobbio e Bovero (1996, p. 13) apontam que a escola do jus naturalismo teria como marco inicial a obra de Hugo Grócio (1588 – 1625), “*De iura belli ac pacis*”, publicada

no ano de sua morte, contudo, não tem uma data certa de encerramento de suas vertentes.

Sem embargo, Aristóteles (1991, p. 111), ao argumentar acerca das diferenciações entre o direito positivo (legal) e o direito natural no capítulo VII do livro V do seu “Ética a Nicômaco”, já alcançava uma conceituação do que seria este último:

Da justiça civil, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo.

Destarte, em acepção clássica, o histórico filósofo estabelece que o direito natural consiste naquele que se encontra em todas as partes, com a mesma eficácia, assim como o fogo que queima da mesma maneira em qualquer lugar do mundo, prescrevendo, por conseguinte, ações cujo fundamento não é condicionado a qualquer juízo de valor, mas que existem independentemente do fato de serem boas, ainda que não para todos (bondade objetiva) (BOBBIO, 1995, p. 17). Aliás, em inspiração a este entendimento, o direito romano formulou o brocardo latino “*Jus naturale este quod natura omnia animalia docuit*” (A lei natural é o que a natureza tem ensinado a todos os animais).

Após formulações de São Tomás de Aquino em sua “*Summa theologica*” (I a II), o jus naturalismo alcançou o seu ápice ideológico, pode-se dizer, com Hugo Grócio, apontado como o “pai” do debate contemporâneo em torno do direito natural, mormente antes dele não ter se podido falar em “filosofia do direito em sentido próprio, pois é com seu livro *De jure Belli ac pacis* que se apresenta o primeiro tratado de direito natural” (REALE, 2000, p. 103). Assim, sem se afastar da tese aristotélica, seguindo, portanto, o modelo clássico, mas de forma mais livre e menos secular, visto partir da premissa de que o direito natural prescinde da vontade divina, o jurista de Delft consagra uma conceituação que se aplica a todas as pessoas devido à importância que dá a uma característica comum do gênero humano, a razão. “O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral” (MACEDO, 2006, p. 54)

Daniel Sarmiento (2012, p. 52) a seu passo, ensina que o jusnaturalismo tem duas passagens distintas na história, a primeira, mais antiga, seria a “objetivista”, aonde entendia-se a norma como uma ordem de natureza objetiva, criada por forças superiores, às quais o Estado deveria observar. No jusnaturalismo moderno, de raízes em Hobbes e Locke, aviltaria um caráter “subjetivista”, na medida em que identifica as normas de “direito natural” como consentâneas do pacto social, e que não poderiam ser objeto de óbice pela atuação do Estado.

Neste contexto, com efeito, os princípios gerais do Direito, consoante escólio de Bonavides (2003, p. 258), eram encarados em forma de “axiomas jurídicos”, vistas, por conseguinte, como princípios de justiça universais do bem obrar. Segundo o autor, seriam “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”, sem positividade.

Com efeito, a escolástica do direito natural não concebia os princípios propriamente como normas, senão como orientações constitutivas de onde derivaria o direito. Eram, portanto, vistos sob a ótica exclusivamente da moral, dissociado completamente do plano jurídico-normativo. Pode-se dizer, destarte, que serviam mais à giza de conselhos, diretivos éticos.

Com o surgimento das grandes codificações do século XIX, principalmente o Código de Napoleão estabelecido na França, o jusnaturalismo passou a ser superado por uma ideologia que cedia maior valor às leis estabelecidas, ao direito posto, mormente a afirmação de que o direito natural seria demasiado metafísico e anticientífico, despido de certeza e objetividade.

Ocorre, portanto, uma inversão do pensamento jusnatural, surgindo o que se chamou de positivismo jurídico. Em antítese à tese do direito natural, que se bastava em aduzir que o direito era direito enquanto justo/bom, a doutrina positivista empregou uma teoria que reduzia a justiça à validade. Bobbio (2001, p.59) explica: “é justo só o que é comandado pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma é válida se não é justa; para a teoria oposta (positiva), uma norma é justa somente se for válida”. A validade, nesta senda, seria a conformação do direito como justo. No filtro de formação da norma, destarte, para os positivistas, secundariza-se a moral e a justiça

a uma concepção formal, onde há a possibilidade de o direito ser válido sem que seja justo.

Assim, um de seus principais expoentes, qual seja, Hans Kelsen, adotando o que se chama de “positivismo metodológico”, postulou pela separação entre o direito e as demais ordens sociais (Moral, Ética, Religião, Política, Economia), justamente porque, segundo o clássico, a validade de um ordenamento jurídico positivado prescinde da moral absoluta, pregada pelos naturalistas, até porque as ideias morais de justiça destes seriam subjetivos e irracionais. Neste jaez, afirma: “Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”. (KELSEN, 1998, p. 47)

Consoante suscita Bobbio (2001, p. 60), esta transição do estado de natureza para o estado civil, representou uma transferência, sobretudo, de direitos naturais a um soberano, que, por conseguinte, passou a ter o poder de decisão sobre aquilo que seria moral ou não, de forma que não mais se encontrava outro critério para esta definição justiça/injustiça que não a vontade do ente soberano. Surge, desta forma, segundo o autor italiano, a concepção da “convencionalidade dos valores morais”, segunda a qual inexistente justo por natureza, mas somente por convenção (lei). Com efeito, explica: “Quando surge o Estado, nasce a justiça, mas esta nasce ao mesmo tempo em que o direito positivo, de modo que, onde não há direito não há também justiça, e onde há justiça, significa que há um sistema constituído de direito positivo”. (BOBBIO, 2001, p. 61)

Pode-se afirmar, portanto, que, ao segregar o Direito da Moral, o positivismo jurídico centralizou a importância ao direito posto (sistema fechado de regras), ou seja, ao conjunto de regras que compunham o ordenamento jurídico, de forma que, somente o que ali se encontrava, poder-se-ia classificar como justo. Adotava-se, destarte, uma aceção eminentemente formalista do direito, tendo como foco a atividade legiferante, razão pela qual emergiu nos países onde se presenciou a construção das codificações clássicas, como na França.

Dworkin (2002, p. 25-26) assinala que, esta visão de direito como um “conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízos

as descubram” constitui a chamada “teoria mecânica do direito”, vertente principal do positivismo jurídico, capitaneada por John Austin e Hebert Adolphus Hart. Assim, aduz que havia uma rejeição da ideia de que os direitos podiam preexistir a qualquer forma de legislação, ou seja, refugavam a ideia de que os indivíduos possam ter, dentro de um processo judicial, outros direitos ademais daqueles expressamente estabelecidos na constelação de regras de direitos postas. Sobre esta teoria, o jurista americano elenca o que diz ser o “esqueleto” do positivismo, consistente em suas principais proposições, inobstante os diversos afluentes que possui esta corrente de pensamento jurídico.

Neste jaez, enumera as proposições da seguinte forma (DWORKIN, 2002, p. 27-28): (a) o Direito seria um aglomerado de regras de que se vale certa comunidade para definir quais condutas serão ou não punidas pelo poder público, ou seja, a fim de reger a ordem pública. Estas regras, afirma, podem ser identificadas com a ajuda de critérios específicos, testes que não analisam seu conteúdo em si, mas o seu “*pedigree*” (validade), ou maneira pela qual foram construídas. Seriam estes testes de “*pedigree*” que distinguiria as regras válidas das não-válidas; (b) o aglomerado de regras é “coextensivo com o direito”, de forma que, acaso a fato não conter correspondente jurídico descrito nas regras, esta hipótese não será suscetível de resolução mediante a “aplicação do direito”. Nesta hipótese, aduz o autor, o caso terá de ser resolvido por um juiz (normalmente) de acordo com o seu discernimento pessoal, o que consiste em ir além do direito posto para buscar outros padrões (princípios) que orientem, conduzem à solução do caso concreto.

Neste contexto, de predomínio das regras e do modelo subsuntivo de interpretação jurídica (adequação perfeito da hipótese normativa ao fato do mundo fenomênico), os princípios jurídicos eram relegados a posição secundária. Segundo Gordillo Cañas (1988, p. 485), serviam, com relação às regras, como “válvula de segurança que garantisse o seu absoluto reinado”. Neste cenário, os princípios sequer eram vistos como anteriores à lei, mas sim como derivação desta, de maneira que foram introduzidos nas codificações somente “para estender sua eficácia” para que se obstasse um vazio normativo.

De fato, como aduziu Dworkin alhures, sua apriorística função era a de orientação, nos casos em que a subsunção não se mostrava suficiente, seja por ausência de enquadramento na lei, seja pela vagueza desta, de forma que o aplicador do direito se valeria dos princípios somente para orientar a sua discricionariedade na formulação de novos padrões para a solução do caso. Desta arte, no escólio de Bonavides (2004, p. 263), no contexto juspositivista, os princípios careciam de normatividade, de maneira que, juridicamente, eram irrelevantes.

Após o apogeu deste pensamento no início do século XX, as suas consequências se mostraram desastrosas à história da humanidade. Isto porque, como aponta Bobbio (2001, p. 61), a decorrência imediata da “convencionalidade dos valores morais”, onde o soberano dita o justo por meio das leis válidas, seria a “redução da justiça à força”, de forma que somente restaria “resignar-se a aceitar como justo o que agrada ao mais forte”. Assim, a sua decadência como modelo jurídico associou-se às barbaridades cometidas pelos nazistas e fascistas no período da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), regimes estes que “promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”. (BARROSO, 2011, p. 5), sem que houvesse qualquer forte objeção.

Surgem, portanto, a partir deste segundo momento pós-guerra, teorias do Direito que buscar reaproximar o Direito da Moral. Sarmiento (2012, p. 153) encontra convergência no que tange a dois objetivos centrais deste novo contexto: abandonar a segregação da Moral no Direito e reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica.

A superação da escola do direito natural e o fracasso histórico do modelo positivista deu azo ao surgimento de um intenso debate acerca do Direito e sua interpretação, fazendo surgir uma terceira via cuja proposição central era a superação desta tradicional dicotomia/antinomia: o pós-positivismo jurídico.

Assim, introduzindo o termo no constitucionalismo brasileiro (NOVELINO, 2012, p. 196-197), Paulo Bonavides denominou o fenômeno de juspublicismo pós-positivista “a construção doutrinária da normatividade dos princípios” desenvolvida como um “campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica entre Direito Natural/Direito Positivo” (BONAVIDES, 2003 p. 264). O autor brasileiro identifica o pós-

positivismo como o momento constitucionalista das últimas décadas do século XX, onde se destacou a superioridade axiológica dos princípios e a sua força normativa.

Vê-se que, neste paradigma, não há a pretensão de ser novo, mas de representar a sublimação de sistemas anteriores, por meio da conjugação de seus valores, justificando-se o emprego do mesmo nome, somado ao prefixo “pós”. Com sua inspiração principal em Ronald Dworkin, Robert Alexy (serão aprofundados ao decorrer do trabalho), Jean Boulangier, e Josef Esser, este novo paradigma, buscando resolver os problemas relacionais do Direito à moral e à justiça, definiram um novo ângulo sobre os princípios jurídicos, reconhecendo definitivamente o seu caráter eminentemente normativo.

Com efeito, o Direito, que era visto antes como um sistema fechado de regras, começa, neste cenário de reconstitucionalização, a ser encarado como um sistema que está aberto em determinado lugar para outras perspectivas, fazendo uma aproximação mais premente entre o “ser” (fatos) e o “dever ser” (as normas), e isso se dá por meio dos princípios. O princípio, neste contexto, começa a funcionar como um vaso comunicante entre os valores que a sociedade cultiva e o ordenamento jurídico, aviltando esta necessária reaproximação do direito com a moral. O escólio de Calsamiglia (1993, p. 215) é meridiano ao afirmar que “há uma relação intrínseca entre o direito e a moral”, não deixando dúvidas acerca deste novo contexto.

Dworkin (2002, p. 70-71), destarte, ao desconstruir as principais teses positivista, principalmente, neste ponto, em Hart e Bentham, propondo uma leitura moral da Constituição, assenta a normatividade dos princípios afirmando em síntese as seguintes premissas: (a) A teoria do direito positivo sustenta que uma obrigação jurídica somente existe quando uma regra posta estabelece esta obrigação; (b) nos denominados “casos difíceis” (*hard cases*), quando se mostra impossível encontrar esta regra posta, não existirá a obrigação jurídica enquanto o juiz não criar ele mesmo uma nova regra para aplicação futura, neste casos eles (os juízes) recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas como princípios; (c) sendo os princípios direito (norma), é possível, portanto, que uma obrigação jurídica seja estabelecida por um aglomerado de princípios, assim como o é por uma regra de direito.

Bobbio (1995, p. 158-159), aliás, é de clareza meridiana ao exortar o seu escólio acerca dessa normatividade:

Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. (...) Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: **se abstraio da espécie animal obtenho, sempre animais, e não flores ou estrelas**. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. (grifo nosso)

Presencia-se, nesta senda, a guinada dos princípios jurídicos, de fontes integrativas não-normativas à pedestal normativo de todo edifício jurídico (BONAVIDES, 2003, p. 265). De fato, de antiga (porém mantida) fonte subsidiária-integrativa de terceiro grau nos Códigos, os princípios tornaram-se, neste cenário, fonte originária de normatividade, espraiando valores (fonte axiológica) vinculativos por todo o ordenamento jurídico, fundamentando a sua validade e interpretação. Nesta senda, no escólio do português Jorge Miranda (1996, p. 224-226), sobressai a sua função normogênica e sistêmica, pela qual os princípios servem como fundamento das regras, dando-lhes validade e coerência, orientando, por conseguinte, a sua interpretação (função hermenêutica) e, finalmente, mantendo o seu caráter integrativo (função supletiva), consagrando, assim, a sua tridimensionalidade funcional.

Sem embargo, epistemologicamente, fazia-se imprescindível adotar a metodologia da norma jurídica como unidade/uniformidade, de forma que se abandonasse a tradicional distinção entre normas e princípios, para que se tornassem um único objeto de estudo. Canotilho (1993, p. 166) explica: “Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.

Impende, como próximo passo a ser dado no presente trabalho, portanto, promover a diferenciação do que, a partir deste momento histórico, consistem nas espécies normativas existentes no ordenamento jurídico: as normas-regras (ou normas disposições) e as normas-princípios.

3 REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

É de suma importância para os fins a que se propõe este trabalho que se proceda à distinção entre as espécies normativas. Com efeito, só será possível entender os equívocos a que incidiu o legislador infraconstitucional brasileiro ao se valer do termo “colisão entre normas” junto à “ponderação” no art. 489, §2º da Lei nº 13.105/2015 caso se faça uma meticulosa análise dos critérios que os diferenciam entre si.

A importância desta distinção é vista ainda em Boulanger (apud BONAVIDES, 2003, p. 267), considerado um dos percussores de uma ainda prematura tese pós-positivista, onde afirma que “há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza jurídica. A generalidade da regra jurídica não se confunde com a generalidade de um princípio”.

Portanto, há que se partir da premissa já alcançada: integram o complexo da norma jurídica: as normas princípios e as normas-regras (normas-disposições). Agora, tomando em conta a infinidade de critérios presentes nas mais variadas doutrinas jurídicas de todo o mundo, expor-se-á aqueles que se consideram mais sintéticos e importantes à diferenciação ora almejada.

3.1 Modelo de Ronald Dworkin

Utilizando como parâmetro um *case* enfrentado por um tribunal de Nova Iorque, qual seja, o *Riggs versus Palmer*, onde um herdeiro batalhava pelo recebimento da herança de seu avô, não obstante aquele tivesse assassinado este, Dworkin lança a iniciação da distinção entre os dois padrões normativos.

No supracitado caso concreto, a norma jurídica posta, acaso fosse interpretada de forma literal, concederia a herança ao neto assassino. Todavia, o tribunal, com supedâneo uma “máxima geral” limitadora da lei (não expressa), segunda a qual “a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude”, negou-lhe o montante hereditário. Neste caso, segundo Dworkin, decidiu-se conforme princípio jurídico, e não regra jurídica.

Para o autor, a diferença entre as espécies normativas é de natureza lógica, ou seja, distanciam-se quanto “à natureza da orientação que oferecem”.

As regras jurídicas seriam aplicáveis do modo “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing-fashion*). Ou seja, utilizar-se-ia do método subsuntivo, de maneira silogística, de forma que, havendo a adequação da hipótese normativa aos fatos do mundo fenomênico, a regra será válida e a suas prescrições devem ser aceitas à resolução do caso. Contudo, caso não haja tal adequação, a regra será inválida e, conseqüentemente, irrelevante para aquela hipótese. O jurista americano cede um dos exemplos mais didáticos da filosofia jurídica:

(...) um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. (DWORKIN, 2002, p. 39)

Assim, por exemplo, sendo nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado (art. 1.475 do Código Civil de 2002), não haverá nenhuma cláusula que não será nula caso determine esta proibição.

No entanto, os princípios não seguem este mesmo regime, em especial devido ao fato de representarem triunfos argumentativos, sobrepondo-se a argumentos pautados em questões utilitaristas. Conforme o insigne jurista, no que diz respeito aos princípios, não há a ocorrência da mera subsunção, uma vez que “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). Serviria, portanto, como um intermediário, enunciando uma certa razão (e não conduta descritiva), a qual deveria ser tomada em conta pelas

autoridades públicas e que encaminharia o argumento numa ou noutra direção para a resolução do caso em concreto. Com efeito, para Dworkin, o princípio não se aplica por si só, necessitando, ainda, de uma decisão particular.

Isso seria uma decorrência do fato de os princípios possuírem o que denomina de “dimensão de peso” (*dimension of weight*), consistente na força relativa de cada um no caso de haver conflito entre eles, não havendo mensuração exata de sua aplicação no caso concreto. Diferentemente, as regras jurídicas, que não possuiriam esta dimensão, são “funcionalmente” importantes no caso concreto, de forma que, decidindo-se qual será mais importante ao caso, aplica-se ela por inteiro.

3.2 Modelo de Robert Alexy

Conjugando as duas espécies debaixo do manto normativo, sob o estudo da teoria normativa-material dos direitos fundamentais, Alexy também promoveu uma distinção entre regras e princípios que, conforme salienta Bonavides (2003, p. 277), na essência, é a mesma de Dworkin.

Atribuindo o imbróglio que se instaurou sob o tema à ausência de clareza na terminologia empregada e à pluralidade incessante de critérios distintivos, aponta que o vetor de diferenciação mais utilizado é o da generalidade, segundo o qual “os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Neste caso, cede o exemplo:

Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença (...) seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio e a segunda como regra. (ALEXY, 2008, p. 87)

Destarte, dentre as três possíveis teses que formula acerca desta distinção, aduz que a diferenciação não é somente relativa ao grau (generalidade/gradualidade), mas também qualitativa.

Assim, afirma que o ponto fulcral na distinção seria o fato de que os princípios jurídicos são normas que determinam que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em concreto. Justamente por isso o autor alemão denomina estes princípios como “mandados de otimização” (*Optimierungsgebot*), que se caracterizam principalmente pela possibilidade de sua satisfação gradual, não fixa.

O jurista de Kies explica então de que forma seria possível que essas categorias normativas tivessem sua aplicação em variados graus. Tal condição seria crível se houvesse consideração dos princípios como equiparados a valores, que indicam razões que podem ser medidas e equiparadas. Assim, os princípios passam a não mais se ligar a um nível deontológico (fixação de um dever-ser, típico de regras, que trace uma proibição, por exemplo), mas sim a um nível axiológico, concatenado à determinação de sua realização diante de determinadas possibilidades fático-jurídicas.

Noutro passo, em ideia idêntica à preconizada por Dworkin no modelo tudo-ou-nada, afirma que as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não, não havendo meio-termo neste sentido. Assim, se uma regra é válida para determinado caso concreto, então, deve-se aceitá-la por inteiro e aplicá-la integralmente, “nem mais, nem menos”. Desta feita, arremata: “regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91), antagonizando a relação com os princípios.

3.3 Modelo de J. J. Gomes Canotilho

Por seu turno, e conjugando as ideias acima ventiladas, o jurista luso faz uma análise sistemática dos critérios que sugere para a aferição das diferentes características entre as regras e os princípios jurídicos. Desta feita, elenca-os da seguinte maneira.

Sob o “grau de abstração”, os princípios jurídicos seriam normas com grau de abstração mais alto, ou seja, com pouca densidade semântica, devido ao fato de expressarem ideias matrizes e valores fundamentais de justiça, enquanto que as regras, por serem descritivas de comportamentos hipotéticos, ao revés, teriam uma

carga de abstração reduzida. Quanto ao “grau de determinabilidade” na aplicação do caso em concreto, os princípios, justamente por deterem menor densidade semântica (mais genéricos), prescindem de intermediações que lhes concretizem (uma decisão particular, como ressalta Dworkin), enquanto que as regras não necessitam de tal mediação, por terem aplicação subsuntiva direta. Já sob o aspecto do caráter de “fundamentalidade no sistema das fontes do direito”, os princípios seriam pedestal normativo do ordenamento jurídico, em função de sua posição hierárquica superior no sistema das fontes, como os princípios constitucionais, por exemplo, ou mesmo à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, de forma que as regras seriam derivações, provenientes da última escala de concretização normativa. Finalmente, quanto à proximidade da ideia de direito, os princípios jurídicos consistiriam em “standards”, vinculativos e imperativos ante a sua natureza normativa e que são radicados na ideia de equidade e justiça, enquanto as regras são normas vinculantes de conteúdo meramente funcional. (CANOTILHO, 1993, p. 166).

Adotando os princípios, portanto, como “normas qualitativamente distintas” da outra categoria, traduz as diferenças em diversos aspectos. Primeiramente, e ressaltando Alexy, aduz o autor que constituem normas impositivas de otimização, suscetíveis de variados graus de concretização/realização, conforme condicionamentos fáticos e jurídicos. Exemplifica:

Assim, por ex., quando no art. 51º da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão (salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade), deparamos já com uma dimensão principal: a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fáticas ou jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a não possibilidade, em virtude da sua deficiência física, de acesso ao curso de medicina). (CANOTILHO, 1993, p. 534)

Já as regras jurídicas, a *contrario sensu*, são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, permitindo ou proibindo comportamentos em termos definitivos, sem qualquer exceção que assim não esteja prevista, determinando, portanto, “direitos definitivos”. Neste ponto, Canotilho também serve-nos com o exemplo:

Tomemos, como exemplo, o art. 25º, 2, segundo o qual ‘ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Trata-se de uma regra consagrada de direito definitivo: o indivíduo tem direito, sempre e sem exceção, à integridade moral e física; por consequência, proíbe-se sempre e sem qualquer exceção, a prática da tortura, de tratos ou à sujeição a penas cruéis, degradantes ou desumanas. (CANOTIHLLO, 1993, p. 535)

O autor, por derradeiro, postula pela convivência aberta do sistema jurídico, em especial da Constituição, entre as regras e princípios, considerando que, em um modelo hipotético exclusivo de regras jurídica, conduzir-se-ia a um sistema resumido à racionalidade prática, com uma disciplina legislativa exaustiva onde prevaleceria integralmente o legalismo objetivo, de forma que se alcançaria um “sistema de segurança”, conforme preconizado por Gabriel Zagrebelsky, contudo, haveria uma séria carência de espaços livres para complementação e aprimoramento do sistema em função do desenvolvimento da sociedade, além de que não permitiria a existência de conflitos e ponderações de interesses (CANOTILHO, 1993, p. 535). Por outro lado, caso fosse imaginado um modelo exclusivo de princípios, também inaceitáveis seriam as consequências, porquanto a inexistência de regras jurídicas conduziria à indeterminação do direito, resultante na completa ausência de segurança jurídica e incapacidade de reduzir a complexidade do próprio sistema.

3.4 Outros modelos

Criticando os critérios tradicionais de distinção, os quais se situam como “hipotético-condicional”, “modo final de aplicação”, “relacionamento normativo” e “fundamento axiológico”, por serem demasiadamente abstratos e não se confirmarem em sua aplicação concreta, Humberto Ávila (2005, p. 55-70) propõe um novo modelo de dissociação entre princípios e regras jurídicas, conforme os seguintes critérios.

Primeiro, quanto ao modo como prescrevem comportamentos, aduz que as regras são “normas imediatamente descritivas”, porquanto determinam permissões, proibições e obrigações por meio da tipificação da conduta a ser efetivada, sendo, desta forma, “normas-do-que-fazer”, enquanto os princípios são “normas imediatamente

finalísticas”, uma vez que registram um “estado ideal de coisas” (*state of affairs*) realizável pela adoção de determinados comportamentos (normas-do-que-deve-ser). O aplicador, neste segundo caso, deverá verificar a correlação do comportamento escolhido ao alcance deste estado de coisas. Sustenta Ávila:

Por exemplo, o princípio do Estado de Direito estabelece estados de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como (...) a publicação com antecedência da legislação). (ÁVILA, 2005, p. 63)

Sob o critério da justificação da interpretação que exigem as categorias normativas, afere que a interpretação das regras reclama uma avaliação de correspondência entre a construção fática e a construção normativa (subsunção), enquanto que a interpretação dos princípios exige uma avaliação de correlação entre o estado ideal de coisas e os efeitos da conduta tomada como necessária a realização deste fim. Conclui, com isto, que a essência da diferenciação não cinge-se ao modo de aplicação (se tudo-ou-nada ou mais-ou-menos), mas no modo de justificação da interpretação.

Sob o critério do modo como essas categorias contribuem para a decisão, Ávila assenta que os princípios constituem normas “primeiramente complementares e preliminarmente parciais”, porquanto abrangem, *prima facie*, somente parte dos aspectos importantes para a tomada da decisão, de forma que têm a pretensão de direcionar esta decisão, complementarmente a outras razões, sem que seja dada uma solução singular e específica. Noutro passo, as regras seriam “normas preliminarmente decisivas e abarcentes”, porquanto, inobstante abarcar integralmente em sua hipótese os aspectos importantes para a decisão, tem a pretensão clara de conceder ao caso concreto uma solução específica, fazendo com que seja prescindível a utilização de outras razões para solver o caso. Exemplifica:

Por exemplo, o dispositivo que exclui a competência das pessoas políticas para instituir impostos sobre livros, jornais e periódicos (art. 150, VI, “d”/CF88) predetermina quais são os objetos que são preliminarmente afastados do poder de tributar, podendo ser enquadrados, nesse aspecto relativo à exclusão de poder, na espécie de regras. Neste sentido, possui

a pretensão de determinar que somente os livros, os jornais e os periódicos não podem ser objeto de tributação, afastando, de antemão, quaisquer dúvidas quanto à inclusão de outros objetos, como quadros ou estátuas, no seu âmbito de aplicação. (ÁVILA, 2005, p. 68)

Outro conhecido jurista de renome a estabelecer uma forma de segregação das espécies normativas é Luís Prieto Sanchis, o qual reconhece que, qualquer que seja a força da distinção, seja qualitativa, seja gradual, esta pode pretender-se em termos estruturais e interpretativos. Neste sentido, assenta parecer-lhe discutível a pretensa fronteira nítida entre a “abertura” dos princípios e a “zona de penumbra” atribuída às regras, porquanto tanto em um caso como no outro exige-se o mesmo esforço hermenêutico para determinar se o caso em concreto forma parte ou não do campo de aplicação da norma. Ocorre que os princípios, a tomar em consideração este sentido de diferenciação, situam-se no extremo da “penumbra”, de forma que a sua concreção reclama um maior protagonismo do intérprete (SANCHIS, 1998, p. 60).

Assim, a ideia de mandado de otimização preconizada por Alexy, ao invés de servir de fundamento para uma distinção de natureza qualitativa, se mostra mais adequada a uma técnica de argumentação, utilizável não somente na interpretação dos princípios, mas na concretização de qualquer categoria normativa. (SANCHIS apud CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 155)

Destarte, é taxativo ao dizer, citando Gianformaggio, (SANCHIS, 1998, p. 61), que a diferença principal entre as regras e os princípios jurídicos surge exclusivamente no momento da interpretação-aplicação, porquanto ser possível que qualquer norma opere como princípio a depender da maneira como será resolvida a sua colisão com outra norma.

4 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE ENTRECHOQUES NORMATIVOS

Esta distinção entre regras e princípios adquire contornos ainda mais relevantes quando se compara o seu distinto modo de entrar em choque, e este é o foco principal de diferenciação que servirá ao desenvolvimento da tese monográfica aqui encartada.

Conforme afirma o próprio Alexy: “A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflito entre regras”, de forma que passa-se a analisá-la.

Neste sentido, Canotilho (1993, p. 168) expõe o panorama aduzindo que a convivência entre os princípios é “conflitual”, enquanto que a convivência entre as regras é antinômica. Tal é a expressão mais utilizada pela doutrina brasileira acerca do conflito de regras. Com efeito, os princípios coexistem, já as regras excluem-se, porquanto estas contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias

No caso das regras jurídicas, em síntese, a solução é encontrada dentro dos padrões resolutivos do próprio ordenamento, posto consoante afirmar Dworkin (2002, p. 43), “um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”.

Com efeito, conforme salienta Barroso (2006, p. 329), sendo o direito um sistema articulado e harmônico de normas, é impossível que coexistam duas disposições legais regulamentatórias de um único caso concreto. Nestes casos, a doutrina brasileira utiliza majoritariamente do termo “antinomia”, evidente conflito de regras, cuja solução é retirada de três critérios: o da hierarquia, aonde a lei superior prevalece sobre a inferior; o da cronologia (*lex posterior derogat lex priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat lex generali*). No caso brasileiro, a própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4,657/1942) traz algum dos critérios utilizados, qual seja, o critério cronológico em seu art. 2º.

Destarte, considerando a regra que detenha maior importância funcional de acordo com o próprio ordenamento jurídico, esta será aplicada ao caso concreto de forma integral, suplantando aquela que se encontrava em confronto e saiu “derrotada”, de forma que esta última, no que tange ao caso específico, será declarada inválida e, portanto, poder-se-ia dizer que foi “afastada”.

Já no que tange aos princípios, não se admite a aplicação destes critérios legais, mormente a questão ser substancialmente mais profunda, na medida em que a colisão, em tese, não tem como consequência direta e imediata a invalidação do princípio conflitante, tendo em vista que o elemento em destaque não é a validade, mas sim o peso, o que exige um maior plexo de interpretação jurídica para revelar a força relativa de cada um. Neste caso, diz-se que estaríamos diante de “casos difíceis” (DWORKIN, 2002, p. 43).

Neste caso, não há que se falar em invalidade do princípio, aplicá-lo-á em menor ou maior grau de acordo com a sua dimensão de peso. O que ocorre, conforme Alexy (2008, p. 93), é que um dos princípios colidentes terá de ceder a outro em razão de sua precedência em face de determinadas condições do caso (precedência condicionada), justamente devido ao seu maior “peso” naquela hipótese. Assim, somente por intermédio de um procedimento lógico-argumentativo de ponderação (sopesamento) dos interesses conflitantes, o que é determinado pelo que chama de “lei (ou teorema) da colisão”, será possível desvendar qual princípio recebe a prevalência naquelas circunstâncias do caso em concreto.

Em síntese, é possível afirmar, a partir desta teoria argumentativa, que a aplicação dos princípios ao caso em concreto depende da prudência de se perguntar se, naquela hipótese, não existe outro princípio com peso relativamente maior. A saber, a regra de prevalência (precedência) de um princípio no caso concreto depende da ponderação dos interesses em jogo, que estabelecerá a força relativa de cada um dos princípios contrapostos.

A partir daqui, delineadas as principais distinções entre as duas categorias normativas e suscitado o modo como é resolvido os seus respectivos conflitos/colisões, faz-se necessário o estudo da “ponderação” utilizada no texto do art. 489, §2º da Lei nº 13.105/2015, como método integrante da teoria argumentativa de Robert Alexy, a fim de tornar possível a relação entre os dois termos, quais sejam “colisão entre normas” e “ponderação” para que, ao final, possa se realizar os apontamentos críticos.

5 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY

A simples questão de definir o que de fato é a ponderação reclama um exame mais aprofundado da matéria, até porque a sua utilização vem sendo empregada de forma amplíssima pela jurisprudência pátria, na maioria das vezes carente de qualquer sentido teórico preciso.

O termo, evidentemente, tem várias acepções e designações possuindo, inclusive, conceito de “justo equilíbrio de forças, de tendências, que atuam em sentidos contrários”, conforme o Dicionário Michaelis, contudo, não há que se negar que, na forma como fora inserida no art. 489, §2º, teve a clara intenção de reportar à expressão consolidada na doutrina de Robert Alexy, no sentido de método lógico-jurídico de racionalização da decisão judicial, inserto na teoria da argumentação jurídica.

É sabido que toda decisão racional de uma pessoa humana exige uma certa ponderação entre os prós e contras daquela posição a ser adotada. Decidir entre ir a uma festa ou estudar, assistir a um programa televisivo ou outro. Até o mais simples impasse torna possível a necessidade de alguma ponderação.

Das mais variadas concepções que apresenta o verbo “ponderar” e o substantivo “ponderação” na linguagem comum, talvez a que melhor se adapte ao uso judicial é aquela que relativa à ação de considerar imparcialmente todos os aspectos contrapostos referentes a uma questão ou equilíbrio entre pesos. De fato, tomando em consideração este sentido mais “*latu*” do termo, é crível afirmar que a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário envolve intrinsecamente o uso da ponderação, balanceando os argumentos apresentados e as provas produzidas nos autos para a prolação da decisão.

Contudo, o presente trabalho não se lança ao estudo desta espécie de ponderação, incidente sobre argumentos, razões e elementos probatórios, mas sim um modelo de ponderação peculiar que tem sido exaustivamente empregado pelos Tribunais brasileiros, incidente sobre enunciados normativos válidos, de estrutura constitucional ou não, emergentes de colisão entre princípios jurídicos.

Não se olvida da existência de diversas outras teorias e métodos de argumentação jurídica consagrados na doutrina internacional, como a de Chaïm Perelman, Manuel Atienza, Neil Maccormick, Stephen Toulmin, Ludwig Wittgenstein. Contudo, para os fins deste trabalho e, considerando a finalidade do legislador ordinário na confecção do Código Processual Civil de 2015 e, em especial o art. 489, §2º, o objeto de análise será a teoria de Robert Alexy, fulcrada na ponderação.

Importa, neste momento, entender a verdadeira sistemática deste sentido da “ponderação”, da forma em que fora consolidada na doutrina. A sua expansão na prática jurisprudencial brasileira de uma forma “particular” será explorada em tópico ulterior, até para que seja possível verificar o porquê de se assentar que tem sido empregada equivocadamente.

Conforme remonta Luís Sanchis (2001, p. 207), o Estado Constitucional de Direito, influenciado pelo fenômeno (neo) constitucionalista passou a reclamar uma nova teoria do direito, que ultrapassasse os paradigmas do positivismo jurídico. Assim, verificando a “crise da lei”, pela qual ela deixa de ser a única e suprema fonte do direito, perdendo força os dogmas da estatalidade e legalidade do direito, o constitucionalismo impulsiona uma nova teoria do direito que seria calcada em 5 premissas:

Mais princípios do que regras, **mais ponderação do que subsunção**, onipresença da Constituição em todas as áreas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa, **onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário** e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, às sucessivas opções legislativas. (SANCHIS, 2001, p. 207-208) *(grifo e tradução nossas)*

Esta onipotência judicial, na visão do autor espanhol, se dá na medida em que a Constituição fornece orientações em esferas heterogêneas que estão, conseqüentemente, destinadas à garantia do judiciário, fazendo com que o legislador perca a sua autonomia. Ressalta que, sem embargo de exageros, “não há normas

substantivas da Constituição que não encontre frente a outras normas capazes de subministrar eventualmente razões para uma solução contrária”. Insere-se, neste contexto, os choques normativos (regras x regras e princípios x princípios).

Conforme já apresentado anteriormente, no caso das regras, a discussão cinge-se à validade, de forma que uma delas será válida e a outra irrelevante ao caso, sendo, portanto, afastada.

No caso dos princípios, diferentemente, não há que se falar em validade, mas sim em precedência condicionada, diante da força relativa de cada uma dentro das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso em concreto, de forma que os princípios com maior peso têm precedência (ALEXY, 2003, p. 94). Neste caso dos princípios, portanto, o neoconstitucionalismo, ao elegê-los como categorias normativas, novas “peças do direito” (ATIENZA; MANERO, 1996, p. 2), reclamou a utilização de certas ferramentas interpretativas, decorrendo daí o suprassumo da teoria da argumentação por intermédio da ponderação.

Ponderar, neste sentido, de forma sintética, conforme Barcellos (2005, p. 23), consiste na “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Para Barroso (2006, p. 330), a denominada ponderação de valores ou interesses é um mecanismo de convivência de normas (princípios) que tutelam valores contrapostos, de forma a representar uma técnica argumentativa pela qual se procura definir um peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, de forma a produzir um resultado socialmente desejável.

Constitui, portanto, uma metodologia empregada à resolução de contradições normativas, mas não todas. Não se aplica àquelas que podem ser solucionadas pelos métodos tradicionais de interpretação e critérios típicos de diluição de antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade) (SANCHIS, 2001, p. 210). Ou seja, a sua aplicação se dá entre colisão de princípios e, além deles, os direitos fundamentais com caráter de princípios. Por isso é importante registrar que o seu emprego em referência à expressão “normas” é indevido, na forma realizada pelo art. 489, §2º da Lei nº

13.105/15, porquanto confunde os objetos de aplicação do método ponderativo, uma vez que normas abrangem também as regras, que não são aqui abarcadas. Isto, contudo, será aprofundado no último tópico deste trabalho.

A ponderação, neste aspecto, se faz necessária justamente pelo caráter de mandados de otimização dos princípios, porque a determinação do grau de cumprimento do princípio em certo caso concreto depende das circunstâncias particulares (possibilidades fáticas) e da presença de outros princípios em colisão (possibilidade jurídicas). Destarte, nesta ocasião, afirma Alexy (2003, p. 96) que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, de maneira que não se soluciona isto com a declaração de invalidade de algum destes e sua consequente eliminação do ordenamento.

Cabe, então, formular um enunciado de precedência condicionada, traçando um tipo de “hierarquia móvel” (SANCHIS, 2001, p. 211).

Esta relação, evidentemente, é deveras complexa, ocupando cerca de 150 páginas na obra do autor que a consagrou, de forma que se permitirá buscar uma maneira sintética de expor esta técnica argumentativa.

5.1. Precedência condicionada e lei da colisão

Primeiramente, é importante consignar que a ponderação tem a finalidade de fundamentar este enunciado de precedência que será extraído do caso concreto por meio do que Alexy chama de “lei da colisão”. Para o exame deste teorema da colisão, com efeito, há que se partir da premissa de que os princípios jurídicos possuem o mesmo valor, no plano abstrato, ou seja, a mesma hierarquia. Se assim não fosse, não haveria que se falar em ponderação, pois seriam facilmente impositivo o princípio de maior valor sobre o de menor. A relação de tensão principiológica, nesta senda, não aceita solução com base em precedência absoluta de um sobre o outro, de modo que nenhum goza, *per se*, de prioridade (ALEXY, 2003, p. 95)

O jurista alemão utiliza como paradigma um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE 51, 324*) do qual valer-se-á o presente trabalho, que consistia no

deslinde sobre a incapacidade de um acusado para participar de audiência processual pelo fato de correr o risco de sofrer um derrame cerebral ou infarto devido à tensão psicológica deste ato processual. Neste caso, identificou-se em colisão, de um lado, o princípio da operacionalidade do direito penal e, de outro, a incolumidade da vida e integridade física do acusado, de forma que cada um deveria ser aplicado dentro de suas possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2003, p. 95).

Ao estabelecer a relação de precedência condicionada, estar-se-ia fixando condições sob as quais um princípio teria prevalência (neste caso concreto), sobre o outro. Para formular esta relação, o autor isola os princípios colidentes em variáveis P^1 (direito à vida/integridade física) e P^2 (operacionalização do direito penal), a relação de precedência é simbolizada em P^3 e as condições sob as quais há precedência de um sobre o outro torna-se C. Assim, considerando que, como se afirmou, não há prevalência absoluta, restam duas possibilidades: (ALEXY, 2003, p. 97):

(1) ($P^1 \mathbf{P} P^2$) C.

(2) ($P^2 \mathbf{P} P^1$) C.

Traduzindo, consistem as equações no seguinte: O princípio P^1 ou P^2 tem precedência/prevalência sobre o princípio P^1 ou P^2 sob as condições C. A questão central, portanto, é “sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder” (ALEXY, 2003, p. 96), ou seja, é saber se os interesses que almeja o acusado têm o peso relativamente maior que os valores os quais a atividade estatal quer proteger. Como estes interesses não tem pesos quantificáveis, Alexy obtempera a solução a ser alvitrada:

Resposta simples (...) Em um caso concreto, o princípio P^1 tem um peso maior que o princípio colidente P^2 se houver razões suficientes para que P^1 prevaleça sobre P^2 nas condições C.

Esta frase, segundo o autor, compreende-se na construção de uma regra (norma-disposição aplicável por subsunção), denominada de “enunciado de preferência” que,

³ O negrito é do autor de origem.

nas condições C, produzirá consequências jurídicas que resultarão na aplicação do princípio vencedor por subsunção ao caso em concreto.

Enuncia Robert Alexy (2003, p. 99):

De um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido é possível formular a seguinte lei (...):

(K) Se o princípio P^1 tem precedência em face do princípio P^2 sob as condições C: $(P^1 P^2) C$, e se do princípio P^1 sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C - R$

Trata-se, conclusivamente, de uma questão de análise das condições. De forma sintética, é preciso analisar os suportes fáticos de cada princípio dentro de determinada condição. Assim, o princípio que, nesta condição, possuir maior número de suportes fáticos que justifiquem a sua prevalência, terá como consequência jurídica a sua aplicação ao caso concreto na forma de uma regra (por subsunção).

Por isso a denominação de “lei da colisão”, pois conforme situa Alexy, o enunciado de preferência “é uma regra, à qual podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva”. Assim, é totalmente possível afirmar que toda a ponderação se encerra em uma subsunção

Outro exemplo utilizado pelo jurista, e que ilustra bem esta conclusão alhures, é a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Alemão no “caso Lebach” (*BVerfGE 35, 202*). Estava em questão, neste processo, uma colisão entre liberdade de expressão e intimidade. Uma emissora televisiva pretendia exibir um documentário denominado “Os assassinos de soldados em Lebach”, onde contar-se-ia a história ocorrido no Exército Alemão, no qual morreram quatro soldados para que fosse roubada munição e armas do arsenal. Um dos condenados como participe deste crime estava próximo de cumprir a sua pena e ser libertado e entendia que a exibição deste programa violaria seu direito fundamental e prejudicaria a sua ressocialização.

O Tribunal Constitucional, neste caso, entendeu que, sob as condições postas (C), o princípio da intimidade do condenado possuiria maior suporte fático, na medida em

que (1) a notícia já havia sido veiculada anteriormente; (2) não estava mais revestida de interesse atual pela informação; (3) sobre um crime grave; (4) e que põe em risco a ressocialização do condenado, de forma que a proteção da intimidade (P¹) precedeu à liberdade de informar (P²). (ALEXY, 2003, p. 102).

De outra forma mais simples, significa dizer que a determinação da precedência condicionada envolve uma análise de sacrifício, de não satisfação de um princípio frente ao outro, ou seja, qual princípio exige menor sacrifício diante de sua aplicação.

Imperioso ressaltar, ainda, que esta relação de precedência deve partir de uma análise casuística. Isto porque, a utilização da lei da colisão, com vistas à determinação da força relativa dos princípios neste ou naquele caso, não soluciona uma colisão com a atribuição de um peso autônomo e permanente a cada princípio (por exemplo: a intimidade sempre terá peso maior do que a liberdade de expressão). Assim, a quantidade de peso relativo de um princípio não constitui uma unidade independente, mas depende, como dito, do cumprimento ou não do princípio oposto, em certas condições.

Nesta senda, ressalta Manuel Atienza (2005, p. 175) que não se mostra possível a criação de uma teoria de aplicação dos princípios que determine uma hierarquia estrita (imóvel) entre eles, de forma que, o que cabe, é estabelecer uma ordem móvel entre os mesmos e que permita a sua aplicação de forma ponderada.

Conforme já assentou o Tribunal Constitucional da Espanha, de forma esclarecedora:

A solução consistirá em outorgar a preferência a um deles (princípios), justamente aquele que o mereça, tanto por sua natureza, como pelas circunstâncias concorrentes em seu exercício. Não se trata, sem embargo, de estabelecer hierarquias de direitos nem prevalências a priori, senão de conjugar, desde a situação jurídica criada, ambos direitos ou liberdades, ponderando, pesando cada um deles, em sua eficácia recíproca (Tribunal Constitucional de España SENTENCIA nº 320/1994, Recurso de Amparo nº 1389/1994. Resolução em 28/11/1994)

Portanto, a ponderação conduz a uma exigência de proporcionalidade que estabelece uma ordem de preferência circunstanciada ao caso concreto (e não uma resposta

válida para todos os casos que envolva tal choque). O princípio colidente, ainda que sem preferência, continua válido, não podendo se dizer que foi afastado.

5.2 Máxima da proporcionalidade

Para entender a essência do sopesamento (ponderação), é necessária a compreensão acerca desta máxima da proporcionalidade. Ela, segundo o autor, é que consiste na exigência de que se pondere. O Tribunal de Relação de Lisboa denota bem esta relação:

Para o efeito, importa lançar mão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, há que sopesar a adequada proporção entre os valores em análise, aquilatando em que medida é que o sacrifício que se impõe ao titular de um direito se justifica face à lesão do outro (Tribunal de Relação de Lisboa. Processo nº 1229/05.0TVLSB.L1-2. Rel. Odina Carmo Alves, Data do Acórdão de 01/10/2009)

Para Alexy, com efeito, a “proporcionalidade” apresenta uma estrutura mais complexa do que razoabilidade. A conexão da proporcionalidade com os princípios deriva da própria natureza destes últimos, de forma que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade” (ALEXY, 2003, P. 116) e vice-versa.

Ambas máximas são utilizadas à exaustão pela jurisprudência brasileira, na maioria das vezes de forma imprecisa e equivocadamente como sinônimos (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 27), principalmente no âmbito do controle judicial de atos administrativos. A primeira subdivide-se em máximas parciais (sub-regras) que devem ser observadas de forma sucessiva (como fases de um vídeo-game): a adequação, necessidade (meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito).

Conforme ressalta Humberto Theodoro Júnior, consiste em um procedimento teórico fundamentado na argumentação jurídica que, caso obedecido, conduziria a decisões que sempre estariam dotadas de um discurso prático racional. Assim, uma decisão racional dar-se-ia, sob um aspecto formal, após o cumprimento das sub-regras da máxima de proporcionalidade (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 63).

Como já assentado por diversas vezes, os princípios, na acepção Alexyana, constituem mandados de otimização cujo grau de realização se dá conforme as possibilidades fáticas e possibilidades jurídicas do caso. Pois bem, as máximas parciais da necessidade e adequação decorrem justamente desta natureza de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito deriva do fato de os princípios serem mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas.

De forma sintética, Virgílio Afonso da Silva (2002, p.34) aponta que a necessidade se expressa quando um ato do Estado que restringe um direito fundamental com caráter de princípio só é necessário se a realização do objetivo (estado de coisas) perseguido não possa ser alcançada, com a mesma intensidade, por intermédio de outra medida que restrinja, em menor medida, o direito fundamental atingido. Ilustra a hipótese o iminente jurista paulista:

Suponha-se que, para promover o objeto O, o Estado adote a medida M¹, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M² que, tanto quanto M¹ seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M¹, utilizada pelo Estado, não é necessária. (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 40)

Diferentemente deste exame comparativo analítico, a análise da adequação é de caráter absoluto.

Continuando no escólio sintético deste autor, afirma que a adequação, como componente da máxima de proporcionalidade, tem sido entendida de forma equivocada no Brasil, no sentido de que uma medida deve ser adequada caso seja “apta para apta para alcançar o resultado pretendido”. A razão de ser desta confusão encontra-se, conforme aponta, na tradução deliberada do verbo alemão *fördern* usado nas decisões do TCA, o qual não pode ser associado à expressão “alcançar”. Afere, destarte, como adequado, não somente “o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objeto é fomentada, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 43). Resguarda-se, aí, a importância de distinção entre os verbos.

De fato, o próprio Alexy, ao traçar as linhas conceituais da adequação, em linguagem original traduzida, afirma que se uma medida (M¹) não é adequada para o fomento do objeto (Z) (que é requerido por certo princípio), então a medida (M¹) não é adequada para este princípio. (ALEXY, 2003, p. 120).

Por fim, o sub-elemento da proporcionalidade em sentido estrito constitui a própria exigência de sopesamento, decorrente de sua relativização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2003, p. 117). Para compreender, a aplicação de um princípio ou direito fundamental depende da satisfação ou cumprimento do princípio colidente, esta é a sua possibilidade jurídica, que se medirá pela proporcionalidade em sentido estrito, utilizando-se da ponderação nos termos da lei de colisão.

Este é o último plano de análise, pois, consoante assenta Afonso da Silva (2002, p. 43): “Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada proporcional”, pois é necessária a ponderação entre a “intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 43). E arremata com um exemplo:

Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra de proporcionalidade – , já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art.6º) (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 44)

Ou seja, o raciocínio empregado refere-se basicamente a uma relação de custo-benefício entre os princípios/direitos fundamentais em choque, ou seja, far-se-á uma análise do ônus imposto pela norma, que deverá ser menor do que o benefício que ela pretende gerar. É a situação de sacrifício que baseia a precedência condicionada. Para que se considere, portanto, uma norma desproporcional, neste sentido estrito, os motivos que baseiam a adoção da medida que ela prescreve não terão peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental/princípio atingido.

Nestes parágrafos, tentou-se sistematizar ao máximo a teoria argumentativa da ponderação. Diante dela, é plenamente verificável a sua dissociação do uso de subjetivismos e pré-compreensões, uma vez que trabalha exclusivamente com condições fáticas e jurídicas, ou seja, análise empírica. A questão da ponderação (proporcionalidade) registra-se, é uma questão de precedência e não de preferência. No sub-tópico a seguir, sem embargo, será apresentado panorama da utilização deste método na jurisprudência brasileira.

Ultimamente, tem se notado na jurisprudência brasileira, desde o juízo de piso até a Suprema Corte, a incorporação do uso da ponderação de uma maneira particular. Conforme salienta Barcellos (2005, p. 2) a seguinte situação tornou-se frequente: “o intérprete, afirmando estar diante de uns conflitos entre enunciados normativos válidos, considera necessário ponderá-los”, tendo como resultado a aplicação de um ou alguns enunciados e o afastamento dos demais.

Alguns exemplos podem ilustrar como esta tendência teve início e como ainda se encontra presente nas decisões.

No julgamento do HC nº 82424/RS, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em 19 de março de 2004, o STF analisou uma colisão ainda muito comum, entre a liberdade de expressão (art. 5º, IV/CRFB) e a vedação ao racismo (art. 5º, XLII). Na ocasião, um editor havia procedido à publicação de livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica”. O STF, destarte, entendeu que a liberdade de expressão, inobstante o seu grande valor, não se reveste de caráter absoluto, devendo observância aos limites impostos pela própria

Constituição, dentre os quais, a vedação ao racismo e a dignidade da pessoa humana. Tendo, com efeito, “ponderado” estes valores, decidiu pela denegação da ordem.

Outrossim, em 19 de maio de 2015, ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4481/PR, o relator Ministro Luís Roberto Barroso

o que nós estamos fazendo é, dentro da Constituição, **ponderando dois valores** ou dois dispositivos que têm assento constitucional. E, nestas circunstâncias, **eu estarei privilegiando**, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, **a meu ver**, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei. (STF, ADI nº 4481/PR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJe de 19/05/2015). *(grifei)*

É possível notar que esta ponderação utilizada em ambos os casos não se trata daquela que faz referência à expressão genérica, aplicada sobre os argumentos, provas, razões e contrarrazões contidas nos autos, inerente à atuação jurisdicional, mas àquela amplamente estudada alhures, tangente à teoria da argumentação, em face de uma colisão de princípios ou direitos fundamentais com caráter de princípios.

E este é um fenômeno em franca expansão no Brasil. Cláudio Mello, sem embargo, afirma que esta expansão tende à banalização da questão “na medida em que autores e, sobretudo, decisões judiciais empregam a ponderação sem qualquer conteúdo próprio ou cuidado específico”. (MELLO, 2004, p. 203)

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 9) dá o panorama de desenvolvimento desta técnica no Brasil a partir de um ponto de vista jurídico. Para a autora, é possível identificar dois processos que influenciaram este fenômeno. Primeiro, “o retorno do direito aos valores” após a 2ª Guerra Mundial (pós-positivismo), o segundo, a “ampliação do espaço no qual a interpretação jurídica e o intérprete estão autorizadas a transitar”. A conexão entre estes dois processos se dá quando se verifica uma abstração da interpretação jurídica a partir da aplicação de princípios, o que passou a exigir do hermeneuta um maior esforço de integração. É o que Luís Pietro Sanchis classificou de “onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador”, conforme outrora suscitado neste mesmo trabalho.

Ainda, ressalta a autora que outras duas causas colaboram ao aumento do papel da interpretação jurídica. Em primeiro lugar, a Constituição e também as normas infraconstitucionais tem utilizado em seus textos os “conceitos jurídicos indeterminados” ou genéricos como boa-fé, função social, de forma que o legislador acaba passando o ônus delimitativo destes conceitos ao intérprete. Outra causa de ampliação do espaço interpretativo do judiciário se encontra no considerável aumento de delegações de competências normativas do Legislativo ao Poder Executivo (“deslegalização”), uma vez que, ante a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), cabe ao Poder Judiciário o controle final dos atos administrativos e, quanto a isso, o que tem se visto é cada vez mais a ingerência deste no elemento discricionário do ato, por intermédio de princípios gerais de caráter abstrato, como a razoabilidade e a eficiência. Por fim, aponta a autora como último elemento de crescimento da interpretação jurídica e, conseqüentemente, do uso da ponderação, o processo de transferência das discussões políticas para o Judiciário, decorrente da considerável perda de legitimidade dos representantes políticos, fazendo com que se alimente “a expectativa de que o Judiciário seja afina um espaço onde possam desenvolver-se de maneira mais lisa a discussão de políticas públicas”. Diante deste panorama, a autora arremata com um último fator contributivo:

Considerando ainda que cada intérprete dispõe de suas próprias convicções valorativas e políticas, não é de surpreender que sejam diagnosticados tantos conflitos normativos e que a ponderação seja tão frequentemente empregada. (BARCELLOS, 2005, p. 17)

Os exemplos mostram, não obstante, que, neste contexto de ampliação da interpretação jurídica, a ponderação tem oferecido ao aplicador do direito grandes poderes de decisão, afastando, por vezes, um enunciado normativo válido em prol de outros ou restringindo direitos fundamentais frente a atos estatais que considera legítimos. Este ritmo crescente de uso da técnica, quanto mais indiscriminado e impreciso, afeta por suposto a racionalidade e previsibilidade das decisões judiciais. Aliás, de bom alvito é a colação da bem-humorada decisão da juíza norte americana Elena Kagan e que se encaixa perfeitamente ao contexto aqui discutido:

Mas o curso do que já foi decidido ensina que nós devemos exercer a autoridade cuidadosamente. Cf. S. Lee and S. Ditko, *Amazing Fantasy* No. 15: “Spider Man”, p. 13 (1962) (“[N]este mundo, com grandes poderes também devem vir grandes responsabilidades”). Encontrando muitas razões para manter o curso do que já foi decidido e nenhuma “justificação especial” para nos afastarmos dele, nós recusamos o convite da parte para superar o precedente anterior (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Kimble v. Marvel Entertainment LLC*. 576, U. S. 17, 2015). (*Tradução nossa*)

Com efeito, também tem se notado crescente a utilização, no direito brasileiro, da máxima ou regra da proporcionalidade que, ao cabo, representa a própria exigência de ponderação. Na maioria das vezes é encarada, de forma errônea, como mero sinônimo de razoabilidade (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 23), mas o fato é que vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo. (ÁVILA, 2001, p. 01).

6 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A sanção do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, em 16 de março de 2015, pode ser considerada um momento histórico ao Estado Democrático de Direito brasileiro, mormente ter sido integralmente criado, formulado e aprovado dentro de um regime de governo de democracia consolidada, ao contrário dos Códigos que o precederam.

De fato, o Código Processual de 1939 fora construído em um cenário de guerra mundial, pelo qual o Brasil encontrava-se fortemente marcado pelas raízes autoritárias do regime fascista. Já em 1973, ano de promulgação da Lei Processual Lei nº 5869/1973) que vigorará no país até o dia 18 de março, data de encerramento da *vacatio legis* do Novo CPC, também teve a sua produção em um contexto ditatorial, de regime militar, sob a égide do governo Médici, baseado no anteprojeto de um único jurista, o então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, dando seguimento às ideias, em boa parte já superadas, do italiano Enrico Tullio Liebman.

Gestou-se, desta forma, um código processual divisor de águas na processualística brasileira, que tenta exprimir os valores constitucionais em sua plenitude e que, por

intermédio de suas novas premissas, se propõe a concretizar todos os direitos fundamentais dos envolvidos na relação de direito processual. Consoante a própria exposição de motivos do Projeto de Lei nº 166/2010 (que deu origem à Lei nº 13.105/15), intenta “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal e, ainda, conforme ressalta Theodoro Júnior (2015, p. 13), “implementa-se um sistema cooparticipativo/cooperativo pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos”.

Não se deve olvidar o fato de que, diante deste contexto democrático, esta Lei logrou efetivar um dos mais importantes pilares de sua legitimidade, qual seja, a participação popular. Destarte, é de suma importância ressaltar que, sobretudo, houve uma discussão acerca dos instrumentos processuais a serem encartados no Código, a fim de aprimorar o direito processual com vistas ao desafogamento do judiciário. Além disso, reuniram-se os mais abalizados estudiosos em sua confecção. Avilta-se, portanto, uma das primeiras codificações brasileiras feita a incontáveis mãos, salientando o robusto esforço deliberativo de nossa democracia.

Portanto, ao entrar em vigor, em 18 de março de 2016, este novo Código de Processo Civil poderá representar uma expressão da consolidação da democracia brasileira, do aprimoramento institucional e deliberativo dos diversos setores sociais e trará mecanismos hábeis à maior concretização de celeridade, igualdade e segurança jurídica ao direito processual do país.

Isto é o que se aspira. Contudo, não objetiva contradições que um Código com mais de mil artigos pode não ser em sua integralidade perfeito. Aliás, a polifonia daqueles que se submeterão às suas novas disposições acarreta e ainda acarretará muitas discordâncias.

7 “PANPRINCIPIOLOGISMO” NO NOVO CPC

Como dito anteriormente, o pós-positivismo angariou os princípios jurídicos à posição de pilares axiológicos do ordenamento jurídico, de onde deságuam as bases de validade das demais normas. A sua utilização na aplicação do direito positivo, a partir

deste momento, tornou-se de suma importância à resolução dos casos concretos e interpretação de todo sistema.

Esta é uma decorrência do fenômeno neoconstitucionalista que, no Brasil, iniciou-se com a redemocratização por meio da Constituição Cidadã de 1988, onde se dispôs expressamente acerca de diversos princípios relevantíssimos à sistemática jurídica nacional.

Sensível a esta crescente importância dos princípios jurídicos como categoria normativa e, diante de seu uso cada vez mais recorrente como fundamento de decisões judiciais, o novo Código de Processo Civil buscou uma elaboração à luz desta compreensão de essencialidade dos princípios, com vistas à construção de uma dogmática íntegra e adequada. Com efeito, conferiu-se grande protagonismo aos princípios fundamentais, determinando uma leitura constitucional do processo, o que se torna facilmente perceptível com a leitura dos primeiros artigos da lei processual (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 32).

Ocorre que esta abertura do Novo Código de Processo Civil aos princípios, decorrência da “era dos princípios constitucionais” pode acarretar sérios riscos à própria segurança jurídica, acaso seja levada a efeito de forma equivocada. Isto porque têm se tornado muito comum o aparecimento de um fenômeno denominado por Lênio Streck como “panprincipiologismo”. Conforme este autor, a “positivação dos valores” permitiu a deliberada criação de todo tipo de princípio como se “o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto necessários” para a resolução dos denominados casos difíceis e correção de incertezas de linguagem (STRECK, 2009, p. 476).

Estes, segundo o autor, que cita exemplos como o “princípio” da instrumentalidade processual, busca da verdade, paternidade responsável, são, em verdade, “standards interpretativos”, que se assemelham com pretensões “dedutivistas”, com graves ausências de critérios para a sua definição e posição no direito, se constitucional ou infraconstitucional. (STRECK, 2009, p. 490). Desta forma, trata do “pan-principiologismo” como: “Um conjunto de ‘critérios aplicativos’ cognominados de

‘princípios’, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia”. Verifica-se, neste contexto, uma proliferação de princípios que, diante de um caso em que não seja aplicável qualquer regra no modelo tradicional de subsunção, ou mesmo naqueles em que há uma complexa colisão principiológica, tem crescido a tendência dos aplicadores do direito em invocar princípios “*ad hoc*” semanticamente rasos por critérios muitas vezes pragmáticos e moralistas, escapando da rota de fundamentação racional e dos limites semânticos da própria Constituição, aprofundando um enorme subjetivismo na decisão judicial. Destarte, Daniel Sarmiento traz escólio explicativo sobre esta indesejável prática:

Os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões (...). Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos [como o legislador] pelas suas próprias. (SARMENTO, 2012, p. 42)

Este cenário deriva de um entendimento epistemológico errado da doutrina de Dworkin ao suscitar o caráter valorativo de interpretação dos princípios jurídicos. Em verdade, essa invocação frouxa e infundada de princípios jurídicos que tem como consentâneo mediato o maior “decisionismo” do magistrado, invertendo completamente a lógica da posição do jurista de Harvard, o qual justamente empreendeu críticas ao modelo positivista de resolução discricionária dos denominados “hard cases”. Ressaltam Pedron e Nunes (2015, p. 2) que Dworkin é claro ao assentar que os princípios decorrem da história institucional de uma comunidade, de forma que não são criados por atos individuais, mas sim compreendem um “reconhecimento intersubjetivo de dada prática social que espelha uma correção normativa”. Perder isso de vista, afirmam, conduziria ao risco de perda da própria normatividade que alcançaram no contexto neoconstitucional, reconduzindo-os a meros recursos argumentativos retóricos.

Ademais, representa uma colisão à lógica do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o alargamento das chances de arbítrio judiciário, o que acarreta, insofismavelmente, maior insegurança jurídica das decisões.

Neste cenário de abertura do Novo Código de Processo Civil a um sistema principiológico amplo e inovador, é de extrema importância que se tenha a cautela necessária para que isto não represente, ao fim e ao cabo, um acréscimo sem parâmetros à subjetividade na aplicação do direito. Conforme ressalta Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 41), deve-se ter em mente que “a crítica ao positivismo literalista na aplicação das normas não nos leva ao extremo oposto, que é uma nova forma de discricionariedade/decisionismo”.

A ausência desta cautela pode gerar contornos ainda mais graves mormente quando se analisa o art. 489, §2º, que fundamenta o presente trabalho, haja vista estabelecer expressamente o emprego de uma técnica de argumentação jurídica que já tem sido fruto de desnaturalização em prol de subjetivismos. Imaginar que se invoque este tipo de norma para realização de uma pretensa ponderação com uma regra jurídica é tão tautológico quanto a decisão que daí derivaria.

8 A LEITURA CONSTITUCIONAL DA DECISÃO JUDICIAL NO NOVO CPC

Essa nova leitura do direito processual à luz do texto constitucional e seus princípios proporcionou uma nova feição da atividade jurisdicional, que toma estes princípios como premissa interpretativa para todas as técnicas trazidas pela nova legislação.

Assim, o novo texto buscar conferir maior racionalidade à atividade judicial brasileira, uma vez que passa a exigir decisões completas e fundamentadas, estabelecendo, ainda, como consentâneo desta boa fundamentação, a necessidade de maior vinculação e eficácia dos precedentes judiciais, estabelecendo, inclusive, um instrumento incidental de resolução de demandas repetitivas em seu art. 976 (Capítulo VIII)

Assim, verifica-se um aprimoramento da fundamentação adequada no art. 489 da Lei nº 13.105/2015, de maneira que as decisões possam ser utilizadas como substrato

para um sistema que valoriza a eficácia dos precedentes como técnica jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 13)

Daí se aferir esta leitura constitucional do processo, em busca de uma argumentação estruturada e legítima das decisões judiciais, que permita uma maior consolidação da jurisprudência mediante a valorização dos precedentes fundamentados, com vistas à minimização da insegurança jurídica proveniente de decisões incompletas e divergentes (WAMBIER, 2015, p. 2)

Pode-se dizer, nesta senda, que estes dois valores elegidos pelo legislador infraconstitucional podem ser apontados como os guias interpretativos desta nova lei processual quanto às decisões judiciais, os quais serão analisados em seus contornos nos sub tópicos que se seguem.

Dar maior racionalidade argumentativa às decisões judiciais parece ser o maior passo deste novo código à “democratização do processo”. Esta determinação, por sua significância à construção das decisões, acabou gerando descontentamentos por parte dos magistrados, mas foi festejada pela maioria das classes jurídicas.

Como afirma Theodoro Júnior (2015, p. 30), no direito brasileiro, tem parecido ser mais importante o resultado do processo do que o percurso argumentativo de formulação das decisões judiciais.

José Rodrigo Rodrigues (2013, p. 13), com efeito, examina este diagnóstico afirmando que, por vezes, o Supremo Tribunal Federal, ao prolatar seus Acórdãos decide, mas não delibera, haja vista que os Ministros vão ao Plenário com seus votos já formulados, tornando impossível a identificação de uma “voz institucional” da corte brasileira, mas sim uma gama de decisões individuais, que muitas vezes sequer se relacionam, inobstante terem concluído pelo mesmo resultado. Este, contudo, não é um panorama exclusivo da Suprema Corte, podendo ser vislumbrado na maioria dos tribunais pátrios.

Buscando dar maior racionalidade argumentativa às decisões, o Novo CPC tenta reduzir a insegurança jurídica proveniente de decisões incompletas. Assim, em

diversos artigos, em especial no art. 489, estabeleceu de forma expressa este dever ao magistrado.

Com efeito, esta exigência de fundamentação é consentâneo imediato de um dever contido e já reconhecido na própria Constituição, quando em seu art. 93, IX estabelece o dever de motivação de todas as decisões judiciais. Assim, tal exigência constitui direito fundamental do jurisdicionado, que prescinde de disposição infraconstitucional para que se torne obrigatório (conteúdo mínimo do devido processo legal), sendo despiciente, nesta senda, afirmar que se trata de algo “novo”. O que vem acontecendo, até então, é desrespeito à norma contida na Carta.

A garantia da fundamentação, salienta Coelho (2015, p. 67), exerce uma dupla função neste novo art. 489:

De um lado (...) fornece elementos para que as partes analisem as razões do juiz, podendo recorrer a uma instância superior. Por outro lado, a fundamentação das decisões judiciais interessa à própria sociedade, na medida em que os próprios cidadãos são interessados nas manifestações judiciais.

No escólio de Fredie Didier Júnior (2015, p. 315), estas funções da garantia de fundamentação integram uma acepção de “duplo discurso” da decisão judicial, com a função endoprocessual (para as partes), para a solução do caso concreto e exoprocessual (para a coletividade), com vistas à formulação do precedente.

Segundo este último autor (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 316-317), o que marca a decisão judicial, neste novo contexto processual, é a sua racionalidade e controlabilidade. No primeiro sentido, retrata do dever de que a fundamentação seja um discurso de caráter justificativo, com base em cânones racionais, de forma que se atenda aos regramentos de validade da argumentação e do raciocínio jurídico empregado. Desta forma, a argumentação racional constitui uma forma de controlar o poder de livre avaliação das provas e alegações pelo magistrado, obrigando-o a explicitar as razões de suas escolhas. Assim, não se trataria de mera exposição lógico-demonstrativa (subsunção), nem retórico-persuasiva (principiologismo), mas sim, uma que atenda aos requisitos de validade de uma argumentação racional prática. Com efeito, arremata

que a decisão: “Não deve ser encarado como resultado de adivinhação, de um jogo de dados ou da interpretação, do ‘voo de pássaros’, de acordo com o sugestivo exemplo de Michelle Taruffo”. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 317)

Destarte, o exame do art. 489 e seus parágrafos permitem aferir com clareza essa “nova” tendência. Primeiramente, o §1º deste dispositivo qualquer decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que se limite “à indicação, reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inciso I) (ex.: indefiro nos termos do art. 927 do Código Civil); ou “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inciso II) (ex.: indefiro porque descabido o pedido); ou “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (inciso III) (ex.: defiro com fundamento na dignidade humana ou na forma da lei); ou “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (inciso IV) (defiro com base na súmula 364 do STJ); ou “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V); ou “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inciso VI).

Além disto, traz em seu §2º o dispositivo que mais causou controvérsias e que, sob primeira análise, parece estar concatenado a este cenário argumentativo racional de justificação, mas que, conforme notar-se-á, mais foge do que se insere neste dever de fundamentação. Trata-se da disposição acerca do uso da ponderação nos casos de “colisão entre normas”, o que será aprofundado no último tópico deste trabalho.

Com efeito, a decisão que esteja despida do mínimo de motivação acerca de suas razões é inválida, devendo ser anulada, não podendo sequer funcionar como precedente judicial. (PASSOS, 1998, p. 40).

Consoante já dito, este esforço argumentativo tem relação direta com o outro valor de suma relevância aos fins democráticos da nova lei processual, qual seja, a de conceder

maior segurança jurídica ao sistema judicial por meio de um consolidado regime de valorização dos precedentes judiciais.

Da mesma forma, o reforço argumentativo das decisões tem como consentâneo a necessidade de vinculação aos precedentes. Tal fenômeno é considerado pela doutrina como uma forte convergência entre os sistemas do *civil law* (romano-germânico), adotado a princípio pelo Brasil, com o *common law* (consuetudinário), no qual o precedente judicial assume importância ímpar como fonte do direito (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 20).

Cruz e Tucci (2004, p. 12) assenta que todo o precedente é integrado por duas partes: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Destarte, Didier Júnior (2015, p. 442) acrescenta que além destes dois, o precedente é composto também pela argumentação jurídica, de forma que o que pode ter caráter obrigatório, de fato, é a sua *ratio decidendi*. Todos estes elementos representam as exigências que compõem um conceito clássico de aptidão da decisão judicial (HECK, 1947, p. 14).

De fato, a racionalidade a partir dos precedentes tem muitos pontos em comum com a argumentação dogmática. A utilização da força do precedente fundamenta-se no fato de que o campo do discursivamente possível não poderia ser completo com decisões cambiantes e incompatíveis entre si (ATIENZA, 2005, p. 170).

Este modelo de racionalidade das decisões judiciais como consentâneo da universalização das decisões é plenamente desenvolvido pelo Novo Código de Processo Civil, como forma de redução do poder discricionário dos juízes. Neste sentido, Hermes Zaneti Júnior (2015, p. 39) enxerga a tônica da universalização como a vinculação dos próprios juízes ou tribunais que tomaram a decisão (*self-precedent*), assim como a vinculação dos futuros juízes da mesma corte, chamada horizontal.

Conforme este autor, a nova lei processual compatibiliza o compromisso do magistrado com um modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência e vinculação aos fatos da causam de forma a conferir previsibilidade (que se desdobra em confiança legítima e segurança jurídica) e

a efetividade do ordenamento jurídico para além e complementarmente às normas jurídicas legisladas que já tem por finalidade estes objetivos (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 37).

Vê-se, com isso, na Lei nº 13.105/15 um maior respeito à história institucional quanto ao tratamento do sistema de precedentes judiciais, buscando alterar o atual cenário anárquico e instável de interpretação onde se tem permitido aos Tribunais e principalmente juízos de 1ª instância voluntarismos à vontade do aplicador.

Com efeito, alguns artigos do Código podem servir de exemplo deste aprofundamento, sendo o principal deles o art. 926, que serve como premissa e vetor interpretativo aos demais artigos e que dispõe da seguinte forma: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Ademais, o art. 10, ao vedar a decisão arrimada em fundamento que não tenha sido objeto de discussão e manifestação das partes nos autos, alberga a proibição da não-surpresa no contraditório. Igualmente, o próprio art. 489, especialmente em seu §1º, inciso VI estabelece a inversão do ônus argumentativo em casos de arrepio da decisão casos anteriores semelhantes, na forma preconizada por Robert Alexy, segundo a qual “quem queira se apartar de um precedente, assume a carga da argumentação”. (ALEXY, 1983, p. 262). Não obstante, surge nesta legislação um novíssimo instrumento de valorização dos precedentes, especificamente no art. 976 ao prever o “Incidente de resolução de demandas repetitivas”.

O Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), relator do projeto do Novo Código na Câmara dos Deputados analisa este mecanismo como “vacionado a conferir mais racionalidade à jurisprudência brasileira, evitando o elevado número de decisões diferentes sobre um mesmo assunto e tornando o sistema mais coerente e previsível” (TEIXEIRA, 2015, p. 01), concedendo maior segurança jurídica.

Esta peça processual poderá ser interposta quando houver uma efetiva repetição de processos que contenham a controvérsia acerca da mesma questão de direito (e unicamente de direito), assim como guarde risco de violação ao princípio da igualdade e da segurança jurídica. (Art. 976, I e II). Não cabe, inobstante, esta demanda quando

um dos tribunais superiores já houver posicionado o recurso para definição de tese sobre questão de direito material em repercussão geral (repetitiva) (art. 976, §4º). Sem embargo, após a instauração do feito, exige-se ampla publicidade (art. 979), bem como a indicação dos fundamentos determinantes da decisão tomada e os dispositivos legais referendados (art. 979, §2º).

Conclui-se, nesta apertada síntese da nova tendência de valorização do direito jurisprudencial, que sobrelevou-se o que a doutrina pós-positivista, especialmente em Ronald Dworkin (1999, p. 356), vinha afirmando quanto à exigência de coerência e integridade das decisões jurisdicionais, de forma que os casos equivalentes sejam tratados e interpretados com semelhante afinco pelos juízos (*treat like cases alike*), construindo os seus argumentos a partir de um ponto de vista íntegro de todo o sistema jurídico, divorciando, assim, discricionariedade e arbítrios desarrazoados quando do exercício criativo da jurisdição.

Por óbvio, não se olvida da existência de diversos outros valores albergados pelo Novo Código de Processo Civil e que guiarão a aplicação de seus dispositivos, contudo, estes dois (fundamentação racional das decisões e valorização dos precedentes judiciais) são os mais afeitos à argumentação jurídica. Além disto, são estes os que mais correm riscos de desconstrução diante do art. 489, §2º, porquanto, conforme será exposto no próximo e derradeiro tópico, abre-se espaço justamente para o que se tenta evitar: subjetivismo e discricionariedade judicial.

9 A INVIABILIDADE JURÍDICA DO ARTIGO 489, §2º DA LEI Nº 13.105/2015

Neste momento derradeiro, lança-se à análise minuciosa de cada expressão consignada no dispositivo legal, com base no que fora exposto até o presente momento.

É possível verificar, destarte, que os equívocos que serão aqui apontados não se referem ao ponto de vista semântico, uma vez que os termos utilizados não são estranhos na seara jurídica, tendo em vista que são comumente utilizados pela doutrina brasileira.

O que se pretende salientar é que, pelo contexto, houve um defeito hermenêutico lógico no conjunto das expressões empregadas no art. 489, §2º, que colocam em sérios riscos os valores que o próprio Código Processual procura consagrar, quais sejam, a fundamentação racional das decisões judiciais e a valorização da eficácia dos precedentes. Assim, nos próximos tópicos, ver-se-á que “colisão entre normas” e “ponderação” no mesmo contexto não condizem à interpretação correta a ser feita desta técnica argumentativa. Ademais, o legislador, ao exercer a sua função estatal originária, deve fazê-la de maneira precisa, de forma a não permitir dubiedades, contradições e confusões no ordenamento jurídico, ainda mais o processual, que reclama, cada vez mais, sistematização que proporcione a tão almejada segurança jurídica.

Ademais, será consignado que o emprego da “ponderação”, na forma do artigo e seus termos imprecisos, alavancará o subjetivismo e o modo genérico com que tem sido utilizado este método na jurisprudência brasileira. Não é esta uma suposição ou, ainda, uma afirmação isolada de um trabalho monográfico, pois, “muitos são os julgados que, diante de um ‘conflito entre princípios’ pretendem fazer uma ponderação deles, mas sem a devida técnica, isso quando expõem na decisão o procedimento usado”. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 343)

Assim inicia o artigo 489 da Lei nº 13.105/2015, em seu §2º: “no caso de colisão entre normas (...)”. Sabe-se da dificuldade de lidar com as palavras e seus sentidos, ainda mais quando se está diante de uma língua (portuguesa) a qual envolve termos de sentidos amplos e diversos e, ademais, em um novíssimo código com mais de mil artigos, tais condições aprofundam a falibilidade do legislador no uso das expressões e conciliação com a dogmática jurídica. Carlos Maximiliano, maior hermeneuta brasileiro, já demonstrava esta preocupação:

Cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece também o inverso – vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado; por isso, da interpretação puramente verbal resulta ora mais, ora menos do que se pretendeu exprimir. (...) em regra, só do complexo das palavras empregadas se deduz a verdadeira acepção de cada uma, bem como a ideia incerta do dispositivo. (MAXIMILIANO, 2011, p. 104)

Pois bem, em análise do complexo das palavras contidas no artigo, em conjunto com a consolidada doutrina acerca da teoria da norma jurídica ora exposta, percebe-se que o legislador incorreu no seguinte equívoco: utilizou-se de uma expressão demasiadamente ampla para fazer referência a uma hipótese específica. Para ilustrar este erro interpretativo, caberia o seguinte exemplo: João não gosta de mulheres muito altas. Caso João tentasse expressar este sentimento sob a forma de “eu não gosto de mulheres”, estaria se valendo de uma expressão amplíssima com a intenção de se referir a uma hipótese específica e que, da forma em que fora utilizada, dá outro sentido à fala de João.

Com efeito, ao usar o vocábulo “normas”, o legislador infraconstitucional se olvidou de que este é um gênero, do qual deságuam duas espécies: as regras e os princípios jurídicos que, como se examinou no primeiro tópico deste trabalho, possuem diversos critérios de diferenciação, seja pelo grau de generalização, seja qualitativamente. Sem embargo, a principal distinção de tais espécies se dá na maneira como se comportam quando entram em choque com outros enunciados normativos válidos. Assim, impende neste momento e sob a luz da ponderação que também consta do dispositivo, verificar qual hipótese específica seria a mais consentânea da realidade externada pelo art. 489, §2º, seguindo a lição retro citada de Carlos Maximiliano, fazendo o estudo de cada caso de entrechoque normativo e as suas possibilidades de concretização. Preferir-se-á, daqui a frente, uma análise por exclusão.

9.1 “Normas” como regras x regras

Nesta hipótese, aceitar-se-ia uma compreensão da ponderação como um modo de solução de tensões entre regras jurídicas, exclusivamente, ou, ainda, de qualquer conflito normativo, seja de princípios, seja de regras, de forma indiscriminada quanto ao seu objeto. Com efeito, esta parece ser a percepção mais comum da ponderação na jurisprudência brasileira, que tem a utilizado como método genérico de resolução de conflitos normativos em geral, com vistas ao atingimento da decisão que parece ser a

mais correta. Alguns julgados podem servir de exemplo desta maneira de enxergar a técnica da teoria argumentativa:

1. Em liminar, o juiz deve analisar, de maneira perfunctória, superficial, os pressupostos do *fomus boni iuris e do periculum in mora*, não devendo proceder, em princípio, à análise do fundo da controvérsia. 2. Não pode a liminar coarctar a investigação de fatos que deverão ser objeto de instrução. 3. Na ponderação dos valores em conflito, há de prevalecer o que não cause grave lesão a ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. (TRF 1ª Região, AGRPSL 2000.01.00.012735/MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJU 29.06.2000)

EMENTA: EXECUÇÃO. PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DO CREDOR. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 655 DA LEI PROCESSUAL CIVIL. EM RELAÇÃO À FASE DE EXECUÇÃO, SE É CERTO QUE A EXPROPRIAÇÃO DE BENS DEVE OBEDECER A FORMA MENOS GRAVOSA AO DEVEDOR, TAMBÉM É CORRETO AFIRMAR QUE A ATUAÇÃO JUDICIAL EXISTE PARA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO INADIMPLIDA. NECESSÁRIO A “PONDERAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIOS” E DAS REGRAS PROCESSUAIS, PARA ENSEJAR SUA EFICÁCIA E EFETIVIDADE. CONFORME PRECEDENTES DA CORTE, A ORDEM LEGAL ESTABELECIDADA PARA A NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO, PODENDO O MAGISTRADO RECUSAR A NOMEAÇÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA DE DIFÍCIL E DUVIDOSA LIQUIDAÇÃO, PARA QUE ESTA RECAIA EM DINHEIRO OU OUTROS BENS DE MELHOR LIQUIDEZ. A ANÁLISE DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS NS. 263 /67 E 369/68 FOGE À COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NÃO SE REVESTINDO, TAMBÉM, NO PONTO PRINCIPAL DA QUESTÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp nº 299439/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 18/08/2008).

Esta, contudo, não é o mais acertado entendimento a ser adotado com relação à ponderação. O direito como um todo e a hermenêutica jurídica desde sempre têm lidado com os casos de conflitos entre regras. As antinomias, como são chamados estes choques de normas-disposições válidas e de um mesmo ordenamento, se dá quando uma regra proíbe e a outra permite, ou uma obriga e a outra permite ou, ainda, uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

Buscando solucionar estas hipóteses de encontros de proposições incompatíveis, criaram-se mecanismos de interpretação jurídica ou metarregras (DINIZ,1996, p. 50) e

inseriram-vos dentro do próprio ordenamento para que se elimine o enunciado inconveniente, de forma que a resolução destas questões se dá de maneira interna, e não extrajurídica. Consoante ressalta Dworkin (2002, p. 43), “um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”.

Ou seja, existem outras regras fundamentais destinadas à solução de antinomias: *lex posterior derogat priori* (de dois atos de vontade da mesma pessoa – legislador – vale o último no tempo, porquanto não se pode imaginar que o legislador pretendia formular coisa inútil e sem finalidade); *lex superior derogat inferior* (considerando que as normas de um ordenamento jurídico são colocadas em planos diferentes, entre duas regras incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior); *lex specialis derogat generali* (lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente). (BOBBIO, 1995, p. 91-93)

Neste sentido, Alexy que estes casos seriam inexoravelmente objeto de subsunção, senão vejamos:

É sempre possível que outra norma, requerendo solução diversa, seja aplicável. Se este é o caso, a questão da precedência nasce. A resposta para esta questão talvez possa envolver a ponderação (*balancing*), mas pode também não envolver. Geralmente meta-regras como *lex superior derogat legi inferior*, *lex posterior derogat legi priori*, or *lex specialis derogat legi generali* são aplicáveis. (...) Tão quanto os conflitos de normas são resolvidos pela meta-subsunção, nos mantemos no campo da subsunção. (Tradução nossa) (ALEXY, 2003, p. 434)

Outrossim, além destes elementos tradicionais em forma de regras jurídicas, também existe, para estes casos, os cânones clássicos de Savigny acerca da interpretação jurídica, que se prestam justamente à aplicação do direito. Assim, conforme suscita Barroso (2006, p. 125), a interpretação se faz a partir do texto da regra (elemento gramatical), de sua conexão com outras (elemento sistemático), de sua finalidade (elemento teleológico) ou de seu processo de criação (elemento histórico), que

compõem uma apreciação de ênfase eminentemente técnico-jurídica dentro dos limites e possibilidades do texto legal.

Estes métodos tradicionais não se confundem com a ponderação, visto que se aplicam a conflitos específicos de regras, havendo, portanto, uma diferença material. Ademais, metodologicamente, o sopesamento é mais complexo em seu funcionamento, de forma que age como alternativa à subsunção, que é o modo legítimo de resolução deste tipo de tensão normativa entre os preceitos. Barcellos (2005, p. 29) resume a crítica: “ou bem todas essas técnicas tradicionais se transformam subitamente em ponderação ou a concepção descrita acerca desta última é excessivamente abrangente”.

Descarta-se, desta forma, o sentido de conflito de “regras” para a expressão “normas”, cunhada na primeira frase do art. 489, §2º, de forma que se passa à próxima hipótese analítica.

9.2 “Normas” como regras x princípios

Esta hipótese de choque normativo integra a compreensão de ponderação acima mencionada, segundo a qual estaria inserida a hipótese de colisão entre quaisquer espécies normativas. Da mesma forma, impende demonstrar a sua inviabilidade.

Consoante verificado ainda no primeiro tópico deste trabalho, a superação do modelo positivista-legalista proporcionou uma reinserção dos princípios como vetores morais e de equidade ao ordenamento jurídico sob o caráter de normas, ou seja, conferiu-se caráter/força normativa a estes princípios. Esta conclusão decorreu de um esforço epistemológico que pode ser sintetizado em Bobbio (1995, p. 158-159) ao asseverar que “se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles”.

Justamente pelo seu maior grau de abstração, entendeu-se que os princípios constituiriam ideias matrizes que se espalham por todo o ordenamento jurídico como condicionantes da validade e interpretação das próprias regras jurídicas (função

normogenética). Desta forma, compreendeu-se que as regras são, portanto, derivações dos próprios princípios (BOULANGER apud CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 153), fazendo referência a uma diferenciação axiológica entre os enunciados normativos.

Essa hierarquia ou diferenciação axiológica dos princípios levou Canotilho (1993, p. 179) a afirmar a existência de relações de “densificações”, ou seja, de concretizações de normas de diferentes densidades semânticas. Assim, estabeleceu uma estrutura piramidal de derivações que vai dos princípios estruturantes até as regras.

Destarte, o jurista luso traça a sequência desta hierarquia axiológica da seguinte maneira. Em primeiro lugar, há os denominados princípios estruturantes, que indicam as ideias diretivas básicas de todo o sistema constitucional, constituindo as “travessuras” jurídicas, tendo como exemplo (na Constituição Brasileira), o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput). Estes princípios estruturantes concretizam-se através de sub-princípios que se encarregam de dar mais densidade semântica à abertura dos primeiros, ou seja, proporcionarem uma maior objetivação. Por sua vez, os sub-princípios podem ter duas espécies que funcionam de maneira sucessiva, quais sejam, os fundamentais, primeiramente (p.ex.: do princípio do Estado Democrático de Direito deriva o princípio do devido processo legal constante do art. 5º, LIV) e os especiais, subseqüentemente (p.ex.: o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) é sub-princípio especial do *due process of law*). Finalmente, como densificação derradeira e, portanto, com o grau de abstração mínimo, fazendo referências descritivas específicas, encontram-se as regras, podendo ser exemplificada esta hipótese por qualquer dispositivo que conceda prazo ou oportunidade de manifestação nos autos de determinado modelo de processo (CANOTILHO, 1993, p. 180).

Diante disso, não há como olvidar a relação de derivação entre regras e princípios, mormente estes últimos albergarem valores fundamentais que condizem à própria aplicação daquelas. A própria Constituição de 1988 identifica uma categoria de preceitos fundamentais, os quais justificam o ajuizamento da denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º).

Desta exposição emana insofismavelmente uma conclusão, salientada pelo grande hermeneuta brasileiro Eros Roberto Grau: “Por isso mesmo não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas” (GRAU, 2006, p. 56), de modo que as últimas operam como concreções/derivações das primeiras.

Ante o exposto, resta concluir que, da mesma forma com que se deu no caso anterior, o termo “norma” presente no texto do art. 489, §2º da nova lei processual brasileira não faz referência à hipótese de tensão entre princípios em face de regras, mormente a impossibilidade jurídica de tal situação, frente à relação de derivação entre estas espécies normativas.

9.3. “Normas” como princípio x princípios

Pelo método de exclusão aqui utilizado já é possível perceber ser esta a hipótese que mais se encaixa à dogmática jurídica no que tange à interpretação que se deve fazer do art. 489, §2º da Lei nº 13.105/2015. Aqui, compreende-se a ponderação como forma de resolução de colisões entre princípios. Esta é uma decorrência não só do que fora exposto acima referente à alternatividade da subsunção com relação ao sopesamento (conflitos que não podem ser solvidos pelas técnicas tradicionais aplicáveis por subsunção refletem uma colisão de princípios), mas do seu próprio caráter de mandados de otimização. Ou seja, o fato de estes terem a sua realização variável conforme as possibilidades fáticas (condições) e jurídicas (máxima da proporcionalidade) torna inexorável a aplicação da teoria argumentativa da ponderação.

Alexy, neste sentido, afirma que “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto”, pois, quem realiza ponderações no direito pressupõe que as normas que estão em tensão têm a estrutura de princípios, de forma que “a discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação” (ALEXY, 1999, p. 75), estabelecendo, portanto, a relação imprescindível.

Assim deve ser interpretado o dispositivo, sob pena de banalização do método argumentativo e, conseqüentemente, ampliação da área de atuação arbitrária dos magistrados. Esta hipótese dedutiva será analisada no próximo tópico.

O fato é que a ponderação se ocupa de uma hipótese singular de conflitos: a de princípios. Ela é vocacionada a isto e esta discussão não é tão somente nominalista, porquanto ampliar demais a âmbito de abrangência da ponderação implicaria numa “inflação ponderativa” (SARMENTO, 2012, p. 393) extremamente perigosa à segurança jurídica, tendo em vista que qualquer caso de aplicação/conflito no direito seria encarado como ponderação.

Desta feita, atinge-se a conclusão quanto ao primeiro equívoco incidente no texto do art. 489, §2º, no qual, humildemente, permite-se realizar uma retificação hipotética. Diante do que fora exposto e, consignada a dogmática jurídica preponderante acerca do balanceamento, a expressão “colisão entre normas”, empregada como referência à ponderação, foi ampla demais para tanger a uma hipótese específica e, por isso, deveria ser assim escrita: “no caso de colisão entre princípios”.

Permitir-se-ia, assim, delimitar a utilização do sopesamento como forma de redução de sua aplicação e, conseqüentemente, da discricionariedade judicial.

9.4 Ponderação

A crítica realizada no tópico anterior, quanto à utilização da “colisão ente normas”, sobreleva, de fato, um erro hermenêutico do legislador, de incidência exclusivamente no campo teórico. Quanto ao emprego do termo “ponderação”, não se pretende aludir a equívocos metodológicos ou interpretativos dentro do artigo, mas sim ao erro em tornar expressa esta técnica quando a sua aplicação na *práxis* do direito brasileiro ainda carece de parâmetros que homenageiem a segurança jurídica no contexto jurisdicional. Da forma como tem sido utilizada, esta técnica, ao invés de aprimorar, acarretará sérios riscos aos valores que o próprio Código de Processo Civil de 2015 pretende desenvolver, como a fundamentação racional das decisões judiciais e a valorização dos precedentes.

Conforme dito anteriormente, não só no Brasil, o uso da ponderação tem crescido assustadoramente na prática do direito comparado, tendo se afirmado como método de resolução de colisões principiológicas em diversos países, como Espanha, Portugal,

Itália, Hungria, Canadá, África do Sul e Colômbia (SARMENTO, 2012, p. 392). Em terras brasileiras, com efeito, esta técnica tem assumido contornos particulares, devido especialmente à ainda recente chegada do neoconstitucionalismo somente com a Constituição de 5 de outubro de 1988.

Conforme salienta Barcellos (2005, p. 2), tem-se simplificado a teoria da argumentação, de forma que a seguinte situação se tornou frequente: “o intérprete, afirmando estar diante de um conflito entre enunciados normativos válidos, considera necessários ponderá-los”.

O grande problema é que algumas coisas, especialmente no campo da dogmática jurídica, uma vez simplificadas, não são mais elas ontologicamente. Há, sobre isso, uma pequena estória sobre Einstein e a teoria da relatividade, de autor desconhecido e veracidade incerta, mas que calha à perfeição à hipótese aqui tratada. Conta que Einstein, após conferenciar a sua recém-criada teoria da relatividade, foi interpelado por uma senhorinha, que lhe afirmava não ter entendido nada acerca da exposição e se, por um ato de gentileza, aquele físico poderia simplificar a teoria, de modo que fosse possível a ela compreendê-la. Einstein, pois, tornou a explicar a teoria da relatividade, de forma mais simples e, novamente, a gentil senhora disse não ter captado a ideia, de modo que repetiu o pleito de nova explicação, desta vez mais simples. Novamente, Einstein passou a tentar a explicação de maneira, agora, bem mais simplificada. Após algumas tentativas, a senhora, com sorriso no rosto, se vangloriou por ter entendido a tão complexa teoria, agradecendo ao cordial Einstein que, por sua vez, lhe dizia que a este ponto não se tratava mais da teoria da relatividade.

Este é um bom exemplo para demonstrar como, por mais paradoxal que possa parecer, uma coisa deixa de ser uma coisa. Este é um risco que a teoria do direito em geral vem correndo constantemente no Brasil, muito em razão do sem número de doutrinas e manuais “simplificados” das mais diversas áreas. O maior exemplo, pois, desta situação no Brasil se dá justamente com a ponderação.

Basta examinar o que se tem feito com ela, já que, em tópico anterior, viu-se, ao menos razoavelmente, como ela é. Alude-se a um conflito abstrato entre princípios

jurídicos e à ponderação para, de forma conseguinte, apresentar uma solução que, diante da pré compreensão do intérprete, parece ser a mais correta ao caso, sem que haja preocupação em adotar critérios que sejam minimamente controláveis intersubjetivamente. Inobstante os singelos avanços nos últimos anos, a banalização da ponderação no direito brasileiro reflete a falta de critérios no uso da máxima da proporcionalidade. Tal cenário prejudica a própria legitimação do uso da técnica, solapando as chances de uma maior racionalidade e previsibilidade à ponderação, abrindo riscos à subjetividade judicial (SARMENTO, 2012, p. 391)

Neste sentido, Lênio Streck (2013, p. 23) aponta que na operacionalidade prática jurisdicional são perceptíveis dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade judicial, o que chama de filosofia da consciência e que formam a figura de um juiz solipsista: o primeiro trata da forma com que o ato de julgar tem se tornado de forma expressa em um “ato de vontade” (julgo conforme minha consciência), confundindo as teorias metodológicas de Dworkin e Gadamer com o relativismo, e no segundo grupo: Também podemos encontrar as decisões que procuram justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente de matriz alexyana (STRECK, 2013, p.24)

São demonstrações do problema do solipsismo no judiciário, forjando a figura do juiz solipsista, inserta na questão da chamada “filosofia do eu só”. Esta figura do solipsismo pretende declarar a existência de um só sujeito, o “eu” e aquilo que resume às suas representações (ARRUDA JÚNIOR, 2008, p.11), ou seja, de alguém “viciado” em si mesmo que, no caso dos juízes assume contornos mais sérios porque este acaba fazendo julgamentos dos outros a partir de seus próprios vícios.

Tornou-se perceptível, nesta senda, a transformação da ponderação no Brasil em uma espécie de “enunciado performativo”, de forma que a sua simples enunciação já faz surgir uma significação, como se constasse como algo dado desde sempre, (STRECK, p. 51), uma espécie de *ad hoc balancing*, tendência que se tornou comum na prática jurisprudencial americana dos anos 50, onde o juiz, diante do caso concreto, “pondera de forma livre os elementos em disputa, sem qualquer parâmetro prévio, objetivo e público que o oriente, guiado mais pelo *seu bom senso* do que por qualquer outro

elemento”. (BARCELLOS, 2005, p. 80)., o que é sobremaneira indesejável do ponto de vista metodológico.

Isso é corroborado pela tendência de utilização descriteriosa de princípios e enunciados constitucionais de conceitos abertos, como a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade como álibis argumentativos, o que foi denominado como “panprincipiologismo”. Neste sentido, afirma Streck: “A maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos”. (STRECK, p. 52)

Sob o nome da mesma proporcionalidade (ponderação), portanto, tem sido possível alcançar as mais diferentes respostas para casos semelhantes. A luz dos despreziosos sopesamentos, um acusado é posto em liberdade em Brasília (RSE nº 20140310241422, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos) e outro é mantido preso no Paraná (HC nº 479912-0, Rel. Des. Carlos Hoffmann), ou, ainda, no famoso caso de Siegfried Ellwange, julgado no STF, pelo qual dois ministros, lançando mão da mesma ponderação sobre o direito fundamental de liberdade expressão (publicação de obras com conteúdo antissemita), chegaram a resultados absolutamente diversos: Ayres Britto concedia a ordem de Habeas Corpus enquanto Gilmar Mendes não. Certamente esta não é melhor maneira de construção um sistema forte e cristalizado de precedentes judiciais, de modo que os princípios não podem ser estabelecidos e derogados de acordo com a vontade do intérprete.

Com efeito, Fausto Santo de Moraes, em trabalho de doutorado apresentado à Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), realizou uma pesquisa analítica a fundo dos quase 200 casos em que a Suprema Corte se valeu da ponderação para a resolução do deslinde e verificou de forma conclusiva que não foi possível perceber a utilização coerente de critérios objetivos para a ponderação e a proporcionalidade, mas sim a sinalização quanto ao subjetivismo no uso destas categorias, por vezes, distanciada do sistema dogmático proposto por Alexy como hábil à fundamentação racional, principalmente no que se refere à aplicação sucessiva das sub-regras da

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (MORAES, 2013, p. 297)

Olvidar a complexidade da ponderação e sua metodologia sem dúvidas conduz à arbitrariedade argumentativa, que, por sua vez, conduz à não fundamentação das premissas utilizadas na interpretação jurídica. Com efeito, tanto a carência de parâmetros argumentativos quanto a ausência de diferenciação entre eles implicam em uma indesejada ambiguidade e, com ela, a fonte da arbitrariedade (ÁVILA, 2010, p 149). É saber: a interpretação deve ser intersubjetivamente controlável, de modo que não se funda no capricho (preferência) mas sim no fundamento racional (precedência).

Neste contexto de decisionismo e de coisas “deixando de serem elas mesmas”, é salutar remeter à fala de Gadamer, segundo o qual: “Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’” (GADAMER, 2011, p. 355), por isso, arremata: “Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas” (GADAMER, 2011, p. 359)

Desta simplificação, algumas nuances importantíssimas acerca da ponderação passam a ser desprezadas, a principal delas é que, “em última análise, a decisão final é baseada em julgamentos de valor não intersubjetivamente testados da pessoa que decide” (ALEXY, 2003, p. 25), ou seja, ao fim e ao cabo, a utilização correta do sopesamento, não obstante exigir a sensibilidade do magistrado, envolve muito mais uma questão de precedência do que de preferência (“prefiro este”). Não é o que se vê, por exemplo, na decisão do STF já citada alhures, mas que se permite reiterar neste momento, com os mesmos grifos: “O que nós estamos fazendo é, dentro da Constituição, **ponderando dois valores** ou dois dispositivos que têm assento constitucional. E, nestas circunstâncias, **eu estarei privilegiando**, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, **a meu ver**, milita em favor sobretudo das partes privadas que

cumpriram as regras dessa lei”. (STF, ADI nº 4481/PR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJe de 19/05/2015)

Ademais, outro ponto constantemente olvidado é o fato de que a ponderação deságua em subsunção, ou seja, conforme afirma Daniel Sarmiento (1999, p. 52), há uma “calibragem” entre os princípios colidentes e não a opção pela aplicação de um deles, ou mais, não é uma operação em que se põe os princípios oponentes na balança imaginária das pré razões do aplicador do direito para que este aponte qual “pesa mais”. Explica-se. Conforme a lei da colisão, ao estabelecer o enunciado de precedência pela equação da precedência condicionada “(P¹, P, P²) C = R”, ou seja, qual princípio, naquelas condições possui maior número de suportes fáticos justificadores de sua aplicação, extrai-se uma consequência jurídica que funciona como uma regra de direito fundamental (lei da colisão) e que, diante dessa natureza de regra, aplicar-se-á por subsunção. Assim, “como resultado de todo sopesamento pode ser formulada uma norma de direito fundamental, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (ALEXY, 2008, p.102). Além disto, o procedimento a ser adotado, registra-se: procedimento, envolve a passagem de maneira sucessiva sobre as três sub-regras da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Neste sentido, é possível verificar explicação mais simplificada na doutrina de Luis Prieto Sanchís:

Depois de ponderar creio que aparece uma nova exigência de subsunção (...) a ponderação se endereça a formulação de uma regra, de uma norma na qual, reunindo as circunstâncias do caso, se elimina ou posterga um dos princípios para ceder espaço a outro que, superada a antinomia, opera como uma regra e, portanto, como a premissa normativa de uma subsunção. (SANCHIS, 2003, p. 145) *(tradução nossa)*

Destarte, e por fim, calha à situação acima ventilada uma afirmação retirada da Suprema Corte Inglesa, em cuja ocasião faz alusão à obra “os dois corpos do rei” de Ernest Kantorowicz e que já externava a preocupação em despejar as medidas da balança da justiça sob o bom senso dos juízes, de seguinte teor: “É de conhecimento que o Rei constitui a Fonte Soberana da Justiça e da Proteção, **mas os atos de Justiça**”

não são exercidos por sua própria conta, de modo que não dependem de seu prazer, mas sim no entendimento de sua Corte. (MCILWAIN, 1957, p. 389) (grifo e tradução nossas)

Diante deste panorama, já se torna possível notar que a presença do indigitado art. 489, §2º no corpo do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), na forma em que fora inserido, não constituiu uma das decisões mais acertadas por parte do legislador infraconstitucional o qual, aliás, não é perfeito, recaindo sobre ele a suscetibilidade de cometimento de erros (POSADA, 1987, p.153).

Esta disposição, aliás, sob um primeiro lance de vista, parece estar à luz dos princípios processuais e, ainda mais, parece objetivar o uso da ponderação. Contudo, frente à análise aqui realizava, permitiu-se verificar que, sob um plano epistemológico, a aplicação deste artigo pode implicar sérios riscos à segurança jurídica, especialmente nos valores que o próprio código mais cedeu apreço. Assim, como parte dos tópicos finais, serão exploradas alguns destes riscos e consequências, tanto na ordem prática quanto teórica, mas ambas no campo da hipotética-dedução.

10 AS HIPOTÉTICO-DEDUTIVAS CONSEQUÊNCIAS E OS RISCOS DO SUBJETIVISMO

Tomando em consideração que a Lei nº 13.105 fora sancionada no dia 16 de março de 2015 pela Presidente da República Dilma Rousseff, tendo sua publicação oficial ocorrido em 18 de março deste ano e, por conseguinte, encontra-se ainda em período de *vacatio legis*, uma vez que o art. 1.045 dispõe que a lei somente entrará em vigor após 1 ano de sua publicação oficial, não será possível realizar uma análise concreta de casos decorrentes da aplicação do artigo que ora se critica.

Desta forma, para não incorrer na problemática da criação de “conceitos sem coisas”, trabalhar-se-á aqui, para o exame das possíveis consequências e riscos da aplicação do art. 489, §2º do Código, com uma metodologia hipotética, de forma que, tomando em voga experiências pretéritas verificadas na *práxis* judicial brasileira, seja possível formular deduções de quais seriam os consentâneos da interpretação deste dispositivo no mundo prático, na forma em que ele fora sancionado.

Primeiramente, de forma geral, o artigo, reitera-se, é um grande risco aos principais valores que foram elegidos pelo legislador infraconstitucional como vetores de interpretação deste novo Código, especialmente em razão da constituição da ponderação no Brasil como instrumento metódico de face argumentativa-retórica ensejadora de subjetivismo. Assim, ante a tradicional banalização da teoria da argumentação, simplificada ao ponto de desnaturar a sua própria finalidade de racionalização da decisão judicial, insere-se um decisionismo fundamentado em premissas como “face a colisão...dou preferência ao princípio X” ou “a meu ver, sopeso em prol do princípio X por ter mais peso na situação ora examinada” que andam totalmente a contrário senso do que prega a fundamentação racional das decisões judiciais.

Outrossim, diante deste quadro de decisões arrimadas em pré-razões, prejudica-se a linearidade e coerência que deve ter o direito, especialmente no tratamento dos casos semelhantes onde se prega a construção de um sistema íntegro de precedentes. Isto porque, ponderando-se ao gosto do “ponderador”, cada balanceamento, ainda que razoavelmente justificado, alcançará uma conclusão diferente, mesmo que as circunstâncias fáticas sejam idênticas (reitera-se o caso Elwanger citado alhures). Arrisca-se, desta forma, toda a sistemática de valorização dos precedentes, chegando, em alguns casos, a torna-la sobremaneira irrelevante, indo em contramão ao art. 10 deste novo código que prega justamente a existência de uma jurisprudência sólida e estável. O direito constitui em e com uma linguagem que adquire especificidade própria. Assim, da mesma forma que “normas” não pode ser lida como sinônimo de regras, a palavra ponderação não pode ser entendida como simplesmente alguém dizendo “ponderando melhor, determino que...” (STRECK, 2015, p. 01)

O direito tem de ser compreendido como acepção imperativa, baseado no que é proferido pelas instituições jurídico-políticas, prevalecendo um elemento sistemático de interpretação, de modo que os deslindes e controvérsias relativas ao direito encontrem respostas na lei, nos princípios e nos precedentes, e não na face ideológica-subjetiva do aplicador, sob pena de que este conceito imperativo perca o seu sentido.

Como exemplo de caso concreto paradigmático representativo das consequências hipotéticas de aplicação deste dispositivo legal e que reflete boa parte, senão todos, os elementos de risco que aqui foram aqui tratados (conflitos normativos, “panprincipiologismo”, ponderação, solipsismo), tem-se os casos em que, afirmando-se uma “colisão” entre regras do Código Civil, especialmente o art. 1801, III, (o qual estipula uma regra jurídica, haja vista o caráter deontológico de sua descrição) que veda a determinação de herança a concubina (o) e o “princípio” da afetividade. Ora se pondera de um lado, ora se pondera de outro.

Primeiro, elege-se valores genéricos à posição de princípios jurídicos de forma a entrar em suposto conflito com regras expressas da lei ou da Constituição. A afetividade, inobstante o massivo entendimento em contrário, sequer detém status de princípios jurídico exigível, porquanto, conquanto seja uma situação relevante para o direito familiar, é desprovido de exigibilidade jurídica, considerando que os princípios dotados de força normativa inferem, necessariamente, como normas que são, imperatividade e vinculatividade. (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p. 72)

Outrossim, coloca-se o aplicador a escolher de antemão quem detém a razão ou qual princípio é mais forte. Ainda que fundamentadamente, a decisão guiar-se-ia por suas pré-compreensões, seus juízos pessoais acerca de moral e ética com relação ao comportamento do indivíduo no relacionamento extraconjugal, como se tem feito Brasil a fora. Que coerência das decisões judiciais apta a desenvolver a segurança jurídica do sistema poderia decorrer deste modelo de interpretação?

Certamente pouca. Esta ausência de critérios para determinar a preponderância de um direito sobre outros suscitaria ponderações casuísticas que, em casos como este (concubinato) e como tantos outros *hard cases*, o jurisdicionado lançar-se-ia à sorte com sua demanda, totalmente carente de confiança no desfecho de seu processo, de vez que haveria, por certo, uma jurisprudência por vara. Destarte, conforme afirmam André Trindade e Fausto Moraes: “Ao ser utilizada sem a devida preocupação, ela assume o risco de transformar a prestação jurisdicional numa justiça lotérica”. Assim, tudo indica que a institucionalização da técnica, que antes era utilizada com base no

senso comum jurídico, aumentará o descontrole intersubjetivo das decisões judiciais no Brasil. (TRINDADE; MORAES, 2015, p. 1)

11 POSSÍVEIS SOLUÇÕES INTERPRETATIVAS

Diagnosticado o problema quanto ao uso da ponderação e proporcionalidade no Brasil e sua colocação na nova Lei Processual, impende realizar uma proposição com vistas a desenvolver alternativas para superar essa questão no contexto decisório nacional e buscar uma aceção técnica mais consentânea dos ideais democráticos e que torne viável o controle intersubjetivo das decisões, obstando o aprimoramento do arbítrio jurisdicional.

Não se refere aqui às alternativas teóricas já fixadas pela doutrina como substituição ao instrumento ponderativo, como o conceptualismo, a teoria dos limites imanentes ou a hierarquização, mas sim ao desenvolvimento do próprio uso do balanceamento em si.

É salutar perceber que a ponderação, inobstante reclamar inexoravelmente uma certa sensibilidade do magistrado, principalmente no que tange à escolha dos enunciados normativos a serem sopesados, quando manejada de forma correta, sem embargo de seus defeitos como método, viabiliza um muro protetivo a esta discricionariedade jurisdicional. O senso comum enraizado acerca do uso do sopesamento reclama compatibilização com a previsibilidade e segurança do sistema jurídico.

O texto, que não fora vetado pela Presidente da República, entrará em vigor juntamente às demais disposições do Código. Assim, para que não incorram as consequências aqui apontadas e, inobstante a sua falta de precisão técnica, é possível tornar adequada a sua operacionalização prática a partir de algumas premissas interpretativas a serem tomadas e que servem como conclusão das ideias aqui ventiladas.

Primus: deve-se tomar a linguagem em sua especificidade própria, à luz da dogmática jurídica. Assim, interpretar-se-á “colisão entre normas” como “colisão entre princípios

jurídicos” ou “direitos fundamentais com caráter de princípios” e não como qualquer conflito normativo.

Secundus: A ponderação não pode preceder à subsunção quando esta é possível, mormente aquela ser uma alternativa a esta. Quer dizer que, havendo a possibilidade de passagem pela etapa de interpretação clássica (que é aplicável por subsunção), assim dever-se-á proceder.

Terçus: a razão teleológica da ponderação é determinar um enunciado de precedência, por meio do mecanismo de precedência condicionada (e não preferência incondicionada), que permitirá a formulação de uma regra de direito fundamental a ser aplicada por subsunção, de forma que se permita um teste/controle intersubjetivo da decisão. A fundamentação do alcance deste enunciado de precedência é que permitirá a racionalização das decisões judiciais e a aplicação da mesma regra aos casos idênticos (se não idênticos, reclama-se uma nova ponderação, nos mesmos moldes), fortalecendo um sistema íntegro e estável de precedentes judiciais.

Quartus: o temperamento desta “lei da colisão” acima veiculada exige uma análise da máxima da proporcionalidade e de suas sub-regras. Não se pode olvidar de que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito são analisáveis sucessivamente, como fases de um *vídeo-game*, de forma que só se move a outro, depois de passado o anterior.

Quintus: Remetendo a um conceito normativo de ponderação, na perspectiva pragmática de Ulli Rühl, Bornholdt (2015, p. 01) a ponderação somente surgirá: “a) quando houver efetivamente uma colisão entre bens jurídicos; b) nessa colisão, não se pondera um bem jurídico contra o outro, mas os fins por eles representados; c) essa finalidade só é determinável a partir dos casos concretos, pois são eles que permitem as concretas modalidades de exercício do direito”.

Finalmente, insta salientar que cabe à doutrina a fixação das premissas interpretativas (mesmo que não sejam estas aqui apresentadas) com vistas à adequação do instrumental da ponderação no contexto brasileiro. O senso comum já tem mostrado como esta técnica é precariamente empregada no direito pátrio, institucionalizá-la,

por intermédio de um Código Processual, sem o devido cuidado e alheio à complexidade do tema, não parece ser o passo mais adequado à prometida democratização do processo.

O papel daqueles que vivem o direito é justamente este: constranger epistemologicamente. Só há um modo de combater este imaginário, que é o expondo. O Direito é um fenômeno complexo e deve-se estudá-lo assim mesmo, ainda que o caminho seja árduo.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, almeja-se ter tornado possível aferir a inviabilidade na aplicação do art. 489, §2º do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tendo em vista a sucessão de equívocos, interpretativos e de operacionalização, que eivaram a sua confecção pelo legislador infraconstitucional. Com efeito, com intento de demonstrar esta inaplicabilidade, no primeiro capítulo deste trabalho, estudou-se a teoria da norma jurídica, de forma a demonstrar que a dogmática jurídica evoluiu do jusnaturalismo ao pós-positivismo, passando a encarar as normas como um gênero do qual decorrem, como espécies, as regras e os princípios, de maneira há substanciais distinções entre elas, especialmente quanto à maneira de resolução de seus conflitos internos. Assim, pretendeu-se salientar como a referência genérica ao termo “normas” não pode ser levado a efeito, pois designa espécies diferentes, que se colocadas sob o mesmo manto, podem acarretar confusões jurídicas.

Posteriormente, no segundo capítulo, fez-se a análise de outro termo utilizado pelo legislador na construção do indigitado artigo da nova lei processual, qual seja a ponderação, ou sopesamento. Este termo, demonstrou-se, não fora empregado de maneira ingênua no artigo, fazendo referência clara à técnica de racionalização integrante da teoria argumentativa de Robert Alexy e que prevalece até hoje em muitas ocasiões de conflitos no Tribunal Constitucional Alemão e de diversos outros países, incluindo o Brasil. Com efeito, almejou-se analisar os aspectos teóricos desta técnica neste capítulo, fazendo um estudo suficientemente minucioso acerca do

funcionamento da precedência condicionada e das sub-regras da máxima da proporcionalidade, de modo a externar a maneira como se desenrola a resolução de um conflito entre princípios jurídicos ou direitos fundamentais com caráter de princípios. Ademais, fora examinado como a ponderação é um método próprio a fim de buscar uma solução para casos específicos, quais sejam, aqueles que envolvam princípios, e não qualquer tipo de conflito normativo.

No terceiro capítulo, noutro passo, procurou-se fazer uma contextualização da discussão que abarca o tema, analisando, desta maneira, o contorno geral da Lei nº 13.105/2015, ou seja, do Novo Código de Processo Civil, e como ele se desenvolveu em um período democrático, permitindo a sua formulação à várias mãos, diferentemente das demais codificações. Ademais, fez-se um breve exame acerca dos dois principais valores, dentre os vários, elegidos pelo legislador como vetores interpretativos da sistemática processual atual, sendo a fundamentação racional das decisões judiciais e a valorização dos precedentes.

Finalmente, no capítulo derradeiro, com arrimo nas bases teóricas que foram exploradas alhures, pretendeu-se demonstrar da forma mais cabal possível porque a utilização das expressões “colisões entre normas” e “ponderação” poderiam trazer consequências graves às decisões jurídicas, especialmente no que tange ao desenvolvimento do subjetivismo dos magistrados, tomando em conta a forma com que o senso comum tem simplificado o uso da ponderação de forma a desnaturá-la a tal ponto que não serve mais à fundamentação racional das decisões. Assim, procurou-se expressar porque a aplicação do art. 489, §2º pode colocar em risco os principais valores que o próprio Código pretendeu pôr em pedestal interpretativo, mormente a suscetibilidade de agravar o solipsismo que já é costumeiro no judicial brasileiro. Desta maneira, frente a estas conclusões e como termo final do trabalho, elencaram-se algumas alternativas que poderiam solucionar esta problemática, sob o caráter de premissas interpretativas a serem empregadas na aplicação do artigo, a fim de conter a possibilidade de arbítrio e aprimorar a operacionalização da técnica, que, se estudada e utilizada da forma correta, pode trazer mais racionalização às decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 25, abr. 2002.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad: Jorge M. Senã. 2ª Edición. Barcelona, Espanha: Editorial Gedisa, 2004.

_____. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica**. Trad: Manuel Atienza. Texto apresentado na IV Jornada Internacional de Lógica e Informática Jurídica, em São Sebastião, Setembro de 1988.

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

_____. **On Balancing and Subsumption**. *A Structural Comparison*, *Ratio Juris*, vol. 16, nº 4, 2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann en Jerusalén: Um estudio sobre la banalidad del mal**. Trad. Carlos Ribalta. Barcelona: Lumen S.A, 2000, p. 83

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** ; Poética / Aristóteles ; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

ARRUDA JÚNIOR, Gerson Francisco de. **Solipsismo e realismo no Tractatus de Ludwig Wittgenstein: “O solipsismo levado às últimas consequências, coincido com o puro realismo**. Dissertação (Mestrado). Recife : Universidade Federal Pernambuco, 2008

ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica**. **Instituto de Investigaciones jurídicas**. Universidad Nacional Autonoma del México, 2005.

_____; MANERO, Juan Ruiz. **Las Piezas Del Derecho: Teoria de los enunciados jurídicos**. Nº 21, nov. 1999, Editora Ariel.

ÀVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, **Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico**. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 21, Salvador, 2010.

_____, **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In: *Revista Diálogo Jurídico*, vol. I, nº 4, Salvador, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2004.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. 2011. Disponível em: Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

[content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_p_t.pdf](#). Acesso em: 11/08/2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução. Maria Celeste C. J. Santos. 6ª Ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliese, São Paulo : Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª edição, São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Ponderação no Novo CPC tem várias opções e não segue método específico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/rodrigo-bornholdt-ponderacao-cpc-nao-segue-metodo-especifico>. Acesso em: 25/10/2015.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm > Acesso em: 12 de março de 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html . Acesso em: 23 de julho de 2015

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em 13 de setembro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993

CASAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Edição digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 21, vol.I, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Repensando a interpretação constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 25 de abril de 2015

COELHO, Marcus Vinicius Furtado, et. al. **As conquistas da advocacia no novo CPC** – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Ensaio Sobre Decisão Judicial no Código de Processo Civil de 2015**, In Revista Eletrônica: Novo Código de Processo Civil. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, V. 4. n. 39, Abril de 2015.

CUNHA, Maurício; FIGUEIREDO, Roberto; DOURADO, Sabrina. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Recife : Armador, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo : Saraiva,1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a sério**. 1ª Ed, trad. Neslon Boeira, São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Havard University Press. 1996.

ESSER, Josef. **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts**. 4. T. Tubingen, Mohr, Siebeck: 1990.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito da Famílias**, vol. 6, 4ª ed. Salvador: JusPodvim, 2012;

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

[GORDILLO CAÑAS, Antonio. Ley, principios generales y constitución : apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del derecho](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1988-20046900516). In Anuário de Derecho Civil, t. LXI, fase. 2, abri./jun. 1988, p. 486. Disponível em: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1988-20046900516 . Acesso em: 25/09/2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**, 6ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

HECK, Philipp. **Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses**. Trad. José Osório, São Paulo: Saraiva, 1947.

JIMENEZ, Luis Arroyo. **Ponderación, proporcionalidade y derecho administrativo. In: Ponderación y Derecho Administrativo**, ed. Marcial Pons, 2009. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683>. Acesso em: 09/10/2015

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o Direito: O Jurista da Guerra e da Paz**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito** - 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MCILWAIN, Charles Howard. **The High Court of Parliament and its supremacy**. An historical essay on the boundaries between legislation and adjudication in England, London: Yale University Press, 1957
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos fundamentais**, 1º Ed. Livraria do Advogado editora, 2004.
- MICHAELIS, Helena Pereira. **Pequeno dicionário português-espanhol**, São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1996.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 5 T, 1996.
- MONTAIGNE, Michel de. **Os ensaios: uma seleção**. Tradução: Rosa Freire d’Aguilar. — São Paulo: Companhia das Letras, 2010
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2012.
- NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Prudência e rigor ao definir os princípios do Novo CPC**. Consultor Jurídico. 19/04/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/doutrina-prudencia-definir-principios-cpc>. Acesso em: 06/10/2015.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1998, p. 40.
- POSADA, Adolfo. **Tratado de Derecho Administrativo**: según las teorías filosóficas y la legislación positiva. Tomo primeiro. Madrid: Librería de Victoriano Suarez, 1897.
- REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes: para uma crítica do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013
- SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial**. Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, 2001, p. 201 – 228.

SANCHIS, Luis Prieto. **Ley, Principios, Derechos**. Universidade Carlos III de Madrid. Madrid. Editora Dykinson, 1998.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre Normas y Principios**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1992.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: Torres, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, Belo Horizonte : Fórum, 2012

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**.

Empreendimentos jurídicos. Disponível em:

http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf . Acesso em 22/10/2015

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 251-269, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** disponível em: < www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta> . Acesso em: 13 de março de 2015.

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

_____, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Paulo: **“A construção democrática do novo código”**. Folha de São Paulo. 19.03.2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/03/1604692-paulo-teixeira-a-construcaodemocratica-do-novo-codigo.shtml>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Debate sobre ponderação no novo CPC e os perigos do decisionismo. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo . Acesso em 20/10/2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “**Novo CPC vem para minimizar insegurança jurídica, diz Teresa Arruda Alvim**”. Revista Consultor Jurídico. 20.01.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-20/cpc-minimizarainseguranca-juridica-teresa-arruda-alvim>. Acesso em 24.03.2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Treat like cases alike: Universalização Racional e Vinculação Horizontal como metodologia de abordagem dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 4, nº 39, 2015.