

## **Artigo 489, § 2º, do código de processo civil: aportes doutrinários, jurisprudenciais e avaliação crítica**

### **Article 489, paragraph 2, of civil procedure code: doctrinal, jurisprudential, and critical assessment**

DOI:10.34117/bjdv7n5-167

Recebimento dos originais: 10/04/2021

Aceitação para publicação: 10/05/2021

#### **Rafaelly Andressa Mailho Farias**

Mestranda em Direito Processual e Cidadania com enfoque no Processo Civil e Relações Negociais pela Universidade Paranaense (UNIPAR)

E-mail: rafa\_ias@hotmail.com

#### **Gilmara Gonçalves Bolonheiz**

Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania, com enfoque no Processo Civil e Relações Negociais pela Universidade Paranaense (UNIPAR)

E-mail: gi\_gb@hotmail.com

#### **Valter Sarro de Lima**

Especialista em Direito Imobiliário e em Direito Notarial e Registral pela Faculdade CERS, Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM

E-mail: valter\_sarro@hotmail.com

#### **RESUMO**

O presente estudo tem por finalidade examinar a relação do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, que positiva em nosso ordenamento jurídico o dever de fundamentação das decisões judiciais, em combinação com o art. 489, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, à luz da doutrina, da jurisprudência e de uma avaliação crítica. Referido dispositivo do CPC promoveu a positivação da chamada técnica da “ponderação”, ao mesmo tempo em que estabeleceu parâmetros para a sua aplicação, visando a evitar o seu uso com excessivo ativismo, bem como em precaução ao decisionismo judicial. Assim, será abordada a origem da técnica da ponderação na obra de Robert Alexy, que, embora tenha aplicação reiterada na jurisprudência do STF e seja amplamente adotada na doutrina, não se trata de uma teoria positivada expressamente na Constituição, e, quando mal empregada, pode abrir caminho para o arbítrio judicial, em violação ao Estado Democrático de Direito. É feito, ainda, um diálogo entre o dispositivo do CPC com outras inovações legislativas que militam no sentido de evitar o decisionismo e o ativismo judicial. Ao final, busca-se estabelecer forma de extrair do dispositivo legal sua melhor aplicação.

**Palavras-chave:** Fundamentação, Motivação, Sentença, Princípios Constitucionais

#### **ABSTRACT**

The present study aims to examine the relationship of article 93, IX, of Brazilian Federal Constitution, which affirms in our legal system the duty to base judicial decisions, in combination with article 489, § 2, of the New Code of Civil Procedure, in the light of doctrine, jurisprudence and a critical evaluation. This legal dispositive promoted the legal

positiveness of the “weighting” technique, while establishing parameters for its application, aiming to avoid its use with excessive activism, as well as in precaution to judicial decisionism. The text discuss the origin of the weighting technique in the work of Robert Alexy and see that, although the technique has repeated application in STF jurisprudence and is widely adopted in doctrine, it is not a theory positively expressed in the Constitution, and, when misused, it can pave the way for judicial arbitration, in violation of the Democratic Rule of Law. There is also a dialogue between the CPC provision and other legislative innovations that militate in order to avoid decisionism and judicial activism. In the end, we seek to establish a way to extract the best application from the legal device.

**Keywords:** Reasoning, Motivation, Verdict, Constitutional principles

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 93, inc. IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) positiva o dever de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade. Já o art. 489, § 2º, do Novo CPC (BRASIL, 2015) previu que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Teve-se, com isso, a positivação legal da técnica da “ponderação”, ao mesmo tempo em que se estabeleceram parâmetros para a sua aplicação, visando evitar o uso dessa técnica em excessivo ativismo, transmutando em decisionismo judicial. A origem da técnica da ponderação remonta à obra de Robert Alexy (1988), autor alemão que preconiza a divisão das “normas” jurídicas em duas espécies: as “regras” e os “princípios”. As regras são aplicadas ou não na integralidade, e os eventuais conflitos de entre elas são resolvidos pelas conhecidas regras de solução de antinomias jurídicas. Já os princípios admitem aplicação em grau, campo propício para a ponderação. Embora a técnica tenha aplicação reiterada na jurisprudência do STF e seja amplamente adotada na doutrina (v. g. por Luís Roberto Barroso (2009) dentre outros), não se trata de teoria positivada na Constituição, e, se mal-empregada, pode abrir caminho para o arbítrio judicial, o que viola o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o ordenamento jurídico consagra abstratamente princípios que são conflitantes entre si, como de um lado a propriedade privada e de outro a função social da propriedade (CF, art. 5º, XXII e XXIII). Logo, o uso da ponderação sem observar o dever de fundamentação abriria campo fértil para o juiz liberal aniquilar completamente a função social da propriedade, ou para o juiz intervencionista acabar totalmente com o direito de propriedade. Daí a necessidade de freios à aplicação da técnica.

Interessante notar que o art. 489, § 2º, do CPC mantém diálogo com outras inovações legislativas que militam no sentido de evitar o decisionismo e o ativismo judicial, v. g. a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) para prever o dever de fundamentação tanto pelo administrador quanto pelo juiz ao controlar os atos da Administração.

Para a doutrina, “O CPC exige, concretizando o princípio constitucional, uma fundamentação substancial das decisões. Não se admite a prolação de decisões falsamente motivadas ou com ‘simulacro de fundamentação’” (CÂMARA, 2017). Na mesma linha, afirma-se que o dever de fundamentação se liga ao contraditório, pois somente através da fundamentação adequada a parte poderá compreender as razões do magistrado e contrastá-las através dos recursos cabíveis, inclusive nas hipóteses excepcionais de superação de precedentes (MARINONI et all 2017).

## **2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: VISÃO GERAL**

Como visto o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) positiva em nosso ordenamento jurídico o dever de fundamentação das decisões judiciais, ao estipular que o Poder Judiciário deve emitir seus pronunciamentos de maneira devidamente fundamentada, sob pena de nulidade.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2017, p. 863), dialogando com grandes nomes do nosso processo civil, assim discorrem sobre a matéria em exame:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira ‘blindagem’ contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que ‘sentença vem de *sentire*’, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência. De frisar, nesse sentido, que a temática relacionada à discricionariedade e/ou arbitrariedade não parece ter estado na pauta das discussões da doutrina processual civil no Brasil com a necessária suficiência que o novo paradigma de direito requer. Entretanto, alguns autores, como Ovídio Baptista da Silva e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, mostram-se contundentes contra qualquer possibilidade de decisionismo judicial e arbitrariedades. A discricionariedade, por sua vez, é

criticada por Tereza Arruda Wambier. As adequadas críticas fundam-se na necessidade de fundamentação/justificação das decisões judiciais<sup>1</sup>

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 11, segunda parte, repetiu a disposição constitucional, arrolando o dever de fundamentação como uma das normas fundamentais do processo civil (BRASIL, 2015).

Além disso, preocupado com o decisionismo contra o qual se insurge a doutrina, o Código ainda buscou estabelecer parâmetros que deverão ser observados pelo magistrado para que possa efetivamente se desincumbir do ônus da fundamentação. Nesse sentido, em seu artigo 489 são fixadas balizas orientadoras para o desempenho desse mister. Em síntese, “o CPC exige, concretizando o princípio constitucional, uma fundamentação substancial das decisões. Não se admite a prolação de decisões falsamente motivadas ou com ‘simulacro de fundamentação’” (CÂMARA, 2017.p. 26).

No direito comparado, a necessidade de fundamentação também tem sido colocada em debate. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já se firmou no sentido de que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular, conforme se vê das sentenças TEDH 1994, 4, 1998, 3, 1999, 1 (MENDES, *et al.*, 2017, p. 863).

A doutrina brasileira de igual forma conecta o dever de fundamentação ao contraditório e à noção de “processo justo”, com duas funções essenciais. Primeira: possibilitar a construção de um discurso jurídico a respeito da necessidade de justificação das decisões judiciais. Segunda: viabilizar a organização de um discurso jurídico a respeito da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, cuja missão está em orientar condutas sociais e promover a igualdade, a segurança jurídica e a coerência do sistema. Nesse segundo aspecto, “é um discurso que não está ligado ao caso concreto, mas visa à promoção da unidade do Direito como um todo, sendo necessariamente *ultra partes*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 399).

Sem dúvida, apenas através da fundamentação adequada da decisão é que a parte poderá compreender as razões adotadas pelo magistrado ao solucionar a controvérsia e

contrastá-las através dos recursos cabíveis. Por outro lado, no que toca à construção dos precedentes, é necessário consignar que a fundamentação lançada na decisão paradigma orientará e permitirá a aplicação das hipóteses excepcionais de superação de precedentes (v. g. *overruling* e *distinguishing*), afinal é dela que o intérprete poderá extrair a *ratio decidendi*, distinguir o *obiter dictum*, e então proceder à aplicação ou o afastamento do mesmo entendimento no caso presente.

Ao lado da importância da fundamentação para o exercício do contraditório e a fixação de precedentes, a doutrina igualmente adverte para o valor democrático ligado ao dever de fundamentação. Não é despidendo dizer que no cenário da tripartição de poderes concebida por Aristóteles (1998) e sistematizada na Inglaterra por John Locke (2003) e na França por Montesquieu (2000), o Poder Legislativo é o que detém maior protagonismo frente ao demais. Basta pensar que o Executivo e o Judiciário estão vinculados à Lei, vale dizer, à obra do Legislativo, cujo afastamento pressupõe, em linhas gerais, o reconhecimento da inconstitucionalidade, ou seja, a contrariedade da lei em face da Constituição, que é o parâmetro do controle de validade das Leis e que igualmente é uma obra legislativa. Então, nesse trilhar, não é difícil perceber que o Poder Judiciário, mesmo com o protagonismo assumido depois da Segunda Guerra, tem o seu labor vinculado à obra do legislador, que é o ator principal da democracia representativa.

Dworkin (2001) chega ao ponto de afirmar que a vinculação do juiz é tamanha que existe uma única solução justa para todos os casos práticos, imposta pelo ordenamento positivo, ainda que através de princípios, sendo vedada a *discrecionalidade judicial* na decisão dos casos difíceis.

Embora seja esta uma posição extremada, mesmo a visão intermediária de Alexy (2001, p. 311) tem-se presente a ideia de que a existência da resposta adequada é a reguladora do processo jurídico argumentativo, compondo, portanto, o ônus argumentativo que se impõe à fundamentação de certa posição jurídica.

Em arremate, é possível visualizar no dever de fundamentação das decisões judiciais a função de salvaguarda de três importantes alicerces do processo civil: a) o princípio democrático e a separação dos poderes; b) o contraditório; e c) o sistema de precedentes.

### **3 O ARTIGO 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A racionalidade é constantemente citada pela doutrina e pela jurisprudência como nota fundamental do dever de fundamentação. Na lição de José Miguel Garcia Medina

(2016, p.747), “fundamentar é apresentar racionalmente as bases fáticas e jurídicas da decisão”. Na mesma esteira, Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 61):

O princípio lógico é aquele que impõe aos atos e decisões das autoridades públicas uma sustentação racional, de modo que, ao aplicar a lei, sempre delibere dentro da racionalidade. No processo, o princípio lógico se cumpre por meio da exigência de serem as decisões judiciais obrigatoriamente fundamentadas, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX).

O Tribunal Constitucional da Espanha já se pronunciou no sentido de que as decisões judiciais devem exteriorizar os elementos de juízo que a embasaram, devendo sua fundamentação jurídica ser uma aplicação não irracional, arbitrária ou manifestamente equivocada em sua legalidade (MENDES, *et al*, 2017, p. 863).

Visando detalhar o que se considera “decisão fundamentada”, o Código de Processo Civil de 2015 inovou bastante na abordagem desse tema, que até então era objeto de preocupação maior apenas na doutrina e na jurisprudência. A fim de melhor facilitar a compreensão das linhas seguintes, pertinente transcrever os dispositivos do Código de Processo Civil:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[...]

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a

interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Cabe registrar que a preocupação do legislador com a fundamentação das decisões judiciais, exteriorizada no texto do Novo Código de Processo Civil, parece constituir uma tônica atual, espreada em outros diplomas normativos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) recentemente foi alterada pela Lei nº 13.655/2018, visando fixar balizas à fundamentação judicial, conforme se infere das seguintes passagens:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas (BRASIL, 1942).

É indubitosa, portanto, a preocupação hodierna quanto ao dever de fundamentação.

Descendo especificamente ao texto legal objeto do presente estudo, temos que o art. 489, § 2º, do Novo Código de Processo Civil previu que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

O primeiro consenso é de que se teve a positivação legal da denominada técnica da ponderação, ao mesmo tempo em que se estabeleceram alguns parâmetros para a sua aplicação, visando a evitar o seu uso em excessivo ativismo judicial ou em franco decisionismo.

#### **4 AS REGRAS, OS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO**

O dispositivo legal em exame no presente trabalho reflete a influência da doutrina de Robert Alexy no Brasil. O autor alemão afirma que as “normas” jurídicas constituem um gênero, do qual são espécies as “regras” e os “princípios”. Segundo ele princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das

possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por isso, as regras contêm determinações (definitivas) no âmbito do fático e juridicamente possível (ALEXY, 2002.p. 86).

Admitida a premissa de que as regras têm aplicação segundo uma lógica de “tudo ou nada”, e que os princípios admitem aplicação “em grau”, tem-se nítido, desde logo, que a técnica da ponderação terá campo de incidência na colisão de princípios. Luis Roberto Barroso, traz importante contribuição ao exame das lições de Robert Alexy:

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação (v. supra), uma vez que tais antinomias não se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas (BARROSO, 2013, p. 409).

Em um ordenamento jurídico plural como o brasileiro, especialmente aquele inaugurado com a Constituição de 1988, a colisão entre princípios, que culmina nos denominados *hard cases*, é uma constante no dia-a-dia do Poder Judiciário, pela contraposição que se colocam valores fundamentais como liberdade de expressão e privacidade; propriedade privada e função social da propriedade; dentre muitos outros. A jurisprudência do Supremo é farta ao ilustrar as possibilidades, como a seguir ilustrado.

Caso Glória Trevi: a cantora mexicana teve sua extradição requerida pelo governo de seu país e foi presa na Polícia Federal em Brasília. Tendo engravidado na prisão, acusou de estupro os policiais em serviço. Às vésperas do nascimento da criança, os policiais requereram que fosse feito exame de DNA visando a excluir a paternidade e, conseqüentemente, desmoralizar a acusação de estupro feita pela cantora. Invocando jurisprudência do próprio STF, a cantora recusou-se a fornecer material para exame, em nome do direito à intimidade. Na colisão entre o interesse público na preservação da moralidade administrativa e na comprovação da inocência dos policiais em face do direito à intimidade da cantora, a Corte concluiu ser possível a concordância prática desses

valores, com o DNA sendo colhido da placenta, o que não invadiria a intimidade da cantora ou da criança (BRASIL, STF, RC 2.040-1/DF).

Caso Ellwanger: o Supremo decidiu que a liberdade de expressão não protege a incitação ao racismo (BRASIL, STF, HC 82.424-2 RS).

Para esses conflitos entre princípios ganha campo a “técnica da ponderação”, que “em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente” (BARROSO, 2013, p. 414).

Há corrente respeitável que censura veementemente o emprego oportunista da ponderação em temas constitucionais polêmicos que comportam soluções subjetivas impróprias para o campo judicial. (ALEINIKOFF, 1987, p. 440). Daniel Sarmento, em tom bastante crítico, traz o seguinte alerta:

[...] Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser’ (SARMENTO, 2006, p. 200).

Essa crítica à ponderação enquanto técnica doutrinária espelha outras críticas especificamente voltadas contra a posição da técnica no Novo CPC:

Fala o texto legal em “ponderação”. Este é termo que costuma ser vinculado a uma certa corrente de pensamento jurídico [pós positivismo], não sendo elogiável um texto normativo que o empregue. Afinal, pode ficar a impressão de que se estaria, aqui, a tentar impor um determinado pensamento (CÂMARA, 2017, p. 250).

De fato, embora a “ponderação” tenha aplicação reiterada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seja amplamente adotada na doutrina constitucional (v. g. por Luís Roberto Barroso, dentre outros), não se trata de teoria positivada na Constituição e, se mal empregada, pode abrir caminho para o arbítrio judicial, o que viola o Estado Democrático de Direito.

O consequencialismo, dentro da preocupação com o decisionismo, é outro ingrediente importante no caldo perigoso formado pelo emprego desmedido da ponderação. Sem pretensão de aprofundamento, podemos dizer que:

O consequencialismo seria um conjunto de teorias que entende que uma decisão deve ser avaliada em maior ou menor grau pelas consequências que traz. Isto é, uma ação poderia ser boa ou ruim, justa ou injusta, válida ou inválida, a depender também dos resultados que produz.

O inverso do consequencialismo seria a deontologia, onde as decisões estão certas ou erradas, válidas ou não, independentemente dos resultados que venha a produzir.

Tim Mulgan afirma que o projeto moral do consequencialismo seria tornar o mundo um lugar melhor. E para tornar o mundo um lugar melhor, seria mais adequado avaliar as ações de acordo com os efeitos produzidos. Dessa forma, ações que produzem os efeitos desejados para o mundo levariam a esse mundo melhor. Contudo, o que cada um entende por “mundo melhor” provocaria a mesma discussão: sobre que consequências as ações devem produzir.

O consequencialismo, nessa perspectiva, defende que a coisa certa a se fazer em qualquer situação é praticar o ato que produza as melhores consequências (CHRISTOPOULOS, 2016).

De fato, a mistura da ponderação com a permissão de o intérprete aplicar a lei divorciando-se da deontologia e alinhando-se ao que ele – intérprete -- acredita “ser o melhor” para a vida em sociedade, cria um campo inegavelmente propício ao decisionismo e ao ativismo antidemocrático.

O próprio Robert Alexy, mentor da ponderação, já advertia para os riscos da técnica, como leciona José Miguel Garcia Medina:

Parte da doutrina afirma que o método de ponderação entre princípios colidentes não seria racional, o que favoreceria o subjetivismo e, até, a arbitrariedade na prolação de decisões judiciais fundadas em princípios.

Alexy reconhece que um “sopesamento irracional” pode ameaçar a própria existência dos direitos fundamentais. Mas, em contraposição à crítica de Habermas, afirma que o sopesamento deve ser realizado com base em um *modelo fundamentado, e não decisionista*.

Mas Alexy admite a dificuldade, ao afirmar que “una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada”.

Dworkin, tendo em vista sua concepção mais restrita que a de Alexy quanto ao que seja um princípio jurídico, não admite que uma decisão seja tomada com base em *policies, o que afasta a possibilidade de ponderação de valores jurídicos. A solução, segundo Dworkin, será aquela que melhor corresponder à Constituição, às regras jurídicas e aos precedentes. De todo modo, lembra Dworkin que o juiz deve “decidir os casos difíceis com humildade”*.

A única saída, assim, parece ser a imprescindibilidade de a decisão conter uma *fundamentação diferenciada. Mas, enquanto para Robert Alexy faz-se necessário recorrer a uma ordem de valores (escolhe-se o que tem “mais peso”), para Ronald Dworkin a escolha deveria considerar o princípio adequado ao ordenamento jurídico (escolhe-se “o adequado”*).

A nosso ver, em qualquer caso, seguindo-se a ideia de Robert Alexy, acaba o julgador por decidir com base *em valores*, o que, evidentemente, dificulta que se fundamente objetiva e racionalmente a decisão judicial. Mas o critério proposto por Ronald Dworkin não oferece caminho mais seguro. Afinal, mesmo que se adote uma concepção mais restrita de princípio, ainda assim a “pesagem” de princípios colidentes será orientada por valores jurídicos que

estão à base de um ou outro princípio (que dizer, p. ex., do conflito entre liberdade de expressão e direito à intimidade?) (MEDINA, 2016, p. 30).

Ainda no sentido da imposição de balizamentos e parâmetros firmes para o emprego da ponderação, Luis Roberto Barroso assinala:

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna (BARROSO, 2013, p. 414).

Em face do risco de decisionismo, a doutrina busca estabelecer as balizas da incidência da ponderação.

Luis Roberto Barroso divide o caminho do intérprete em três etapas:

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Relembre-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis, sejam difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau

apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *supra*).

Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências (BARROSO, 2013, p. 414-415).

Em específico na doutrina processualista, Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 110) adverte que “não está autorizado o juiz a, ‘afastando a incidência da norma ordinária, lançar mão de princípios constitucionais para chegar a solução diferente daquela a que remete a lei, por meio da aplicação, pura e simplesmente, do método subjuntivo clássico”.

José Miguel Garcia Medina, na mesma esteira, adverte para a necessidade de que a solução alcançada no âmbito da ponderação deverá estar inserida no sistema jurídico, sendo, portanto, limitada por este. Citando Ronald Dworkin, o ilustre professor afirma que:

Estas observações não permitem deduzir que tem o juiz amplo espaço para formular soluções jurídicas que não se encontram no sistema. Mesmo diante dos denominados ‘casos difíceis’, as soluções devem ser encontradas pelo juiz no sistema jurídico, não sendo correto dizer que o juiz cria o direito ‘a partir do nada’: ‘O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente’.

Portanto, a ponderação constitui inegavelmente uma técnica importante para a solução dos hard cases, especialmente em um tempo histórico no qual a complexidade das questões jurídicas não comporta solução através da subsunção. Mas, a sua aplicação deve passar por rigorosos filtros visando a manutenção da separação dos poderes e, ao fim e ao cabo, para a própria vigência do Estado Democrático de Direito (MEDINA, 2017, p. 27).

Sendo assim, é perfeitamente possível que o magistrado, na análise de um caso, aplique uma norma que não fora especificamente concebida para àquela situação. Contudo, essa possibilidade não retira do juiz a responsabilidade de seguir fielmente o ordenamento jurídico vigente ao seu tempo. Qualquer outra interpretação fere a separação de poderes, pedra basilar do próprio Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

Na linha do que já afirmou a doutrina, “(...) é perfeitamente possível dar ao art. 489, § 2º, do CPC interpretação compatível com o ordenamento constitucional. Basta

considerar que, no caso de colisão de princípios, deverá o julgador esclarecer, discursivamente, como se justifica o afastamento de um princípio, excepcionado pelo outro (CÂMARA, p. 250). Mas, como exercício de prudência, deve o Poder Judiciário “(...) acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema” (BARROSO, 2009).

Dessarte, apesar das críticas que se possa fazer à positivação, no Código de Processo Civil, de uma técnica de decisão que não está imune a críticas, essa técnica, inegavelmente, tem exercido influência sobre a nossa jurisprudência, impactando diretamente a vida dos cidadãos.

É natural, e até recomendável, portanto, que o Legislador busque, em alguma medida, delimitar e orientar a sua aplicação, ainda que com a brevidade e com a insuficiência inerente ao trabalho legislativo, que neste caso serve como um chamamento ao intérprete para se debruçar melhor sobre todas as contribuições que a doutrina já deu para que a ponderação seja operada sem malferir o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do direito** Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional law in the age of balancing, *Yale Law Journal*, 96:943, 1987. *Apud*. BARROSO, ob. Cit. Nota de rodapé nº 81, p. 440.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 – **Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 1 de Maio de 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 de Agosto de 2019.

BRASIL, **Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm), Acesso em 10 de Agosto de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00045 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. (Lei ordinária). Lei n. 13.105/2015, 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 09 de junho de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1** [livro eletrônico]. – 3. ed. rev. atual e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno. 3. ed.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional.** São Paulo: Lúmen Juris, 2006,

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / 58. ed. rev., atual. e ampli. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.