XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

CRISTIANO BECKER ISAIA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Márcia Haydée Porto De Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-354-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

Apresentação

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, em virtude mesmo da complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, por ocasião do XXV Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Curitiba/PR, de 07 a 10 de dezembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi coordenado pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pela Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS) e pela Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA). Um total de 23 (vinte e três) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em cinco grupos.

No primeiro conjunto temático, o foco centrou-se principalmente no universo do Direito Processual Constitucional e dos Princípios Jurídicos, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como os limites às mutações constitucionais, colaboração processual, segurança jurídica no âmbito processual, razoável duração do processo e filosofia no processo, com ênfase na crítica hermenêutica. No segundo grupamento, destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Processo colaborativo e Democrático, vindo à tona principalmente questões relacionadas à nova cultura da cooperação processual, democracia participativa, sistemas e processo, amicus curiae, dentre outros. Na terceira série, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos às Teorias decisórias e o próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, quando se discutiram temas igualmente de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, precedentes judiciais, democratização do processo e judicialização da política. A quarta reunião de temas debateu o Procedimento processual civil, momento em que, numa perspectiva mais técnica, enfatizaram-se temas relacionados à participação da criança e do adolescente no ambiente processual, bem como alguns aspectos interessantes no processo de execução e no incidente de resolução de demandas repetitivas. Finalmente, o quinto e último grupo proporcionou o debate frente à relação entre Processo e direitos transindividuais, com ênfase principalmente na tutela coletiva processual.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho – Universidade Federal do Maranhão

ENTRE A MALEABILIDADE DOS PRINCÍPIOS E A RIGIDEZ DAS REGRAS: O EQUILÍBRIO EXIGIDO POR UM MODELO JURISPRUDENCIAL DE PRECEDENTES

AMONG THE MALLEABILITY OF THE PRINCIPLES AND THE RIGIDITY OF THE RULES: THE BALANCE REQUIRED BY A JURISPRUDENTIAL MODEL OF PRECEDENTS

Stella De Oliveira Saraiva

Resumo

Através de uma discussão acerca de princípios constitucionais, da revisitação das posições de Robert Alexy e Marcelo Neves, o presente artigo pretende discutir a colisão entre princípios a partir do sopesamento no caso concreto. O conflito de interesses importa em reconhecer que divergentes também são os argumentos existentes em cada caso e a adoção de uma postura comedida na utilização de princípios, mas dinâmica ao ponto de corresponder o texto legal à realidade é o que se mostra adequado no atual contexto brasileiro, em especial diante do novo Código de Processo Civil e do modelo proposto de precedentes judiciais.

Palavras-chave: Princípios, Ponderação, Precedentes

Abstract/Resumen/Résumé

Through a discussion of constitutional principles, the revisiting positions of Robert Alexy and Marcelo Neves, this article discusses the balance between conflicting principles from sopesamento in this case. The conflict of interest matter to recognize that different are also the existing arguments in each case and thus to adopt a measured approach in the use of principles, but dynamic to the point of meeting the legal text to reality is what is appropriate shows in current Brazilian context, especially on the new Civil procedure Code and the proposed model of judicial precedents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principles, Weighing, Precedent

Introdução

Há muito se tem discutido acerca dos princípios e regras jurídicas. Mas, é com o pós-positivismo que a discussão passa a ser considerada uma evolução na ciência jurídica. Os pós-positivistas, considerados aqueles que entendem existir algo para além do direito posto, passam a defender que além das regras existem outras modalidades normativas que também são passíveis de regular a vida social.

Tais modalidades, definidas como princípios, apesar da elevada carga valorativa, não são instrumentos externos adstritos à sociologia, filosofia e outras ciências. Ao contrário, habitam o espectro jurídico, tanto que podem regular juridicamente os atos e serem aplicados aos casos em que as regras postas se mostrem insuficientes porque os princípios não apenas têm função supletiva.

Como alerta Dias Júnior, a partir do pós-positivismo os princípios passam a socorrer os magistrados nos casos difíceis, como verdadeiros institutos normativos, não deixando mais, conforme na era do positivismo, na ausência de normas regulamentadoras de determinada situação, a decisão nas mãos do juiz que deveria decidir com os valores e com a justiça. (DIAS JÚNIOR, 2007, p. 3).

Ronald Dworkin foi o responsável por definir os princípios como instrumentos distintos das regras. Para ele as regras são dotadas de literalidade e aplicadas na forma tudo ou nada. Os princípios ao contrário, dotados de generalidade e de característica aberta, são dotados de peso ou importância para o caso concreto. Para ele, mesmo após o afastamento de determinado princípio num caso concreto, tal princípio permanece intacto, podendo vir a ser aplicado em outro caso futuro. (DWORKIN *apud* NEVES, 2014, p. 53)

Posteriormente, Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, estabelece que a questão mais importante no estudo dos Direitos Fundamentais é a distinção entre regras e princípios, sem a qual não seria possível nem uma teoria adequada para restrições a direitos fundamentais, tampouco algo satisfatório a respeito de colisões entre estes (ALEXY, 2011, p. 85).

Diversos, contudo, são os critérios diferenciadores de regras e princípios, sendo um dos mais comuns, o da generalidade. Além dos critérios, diversas também são as formas de utilização destes e de aplicação no caso concreto. Alexy afirma em sua teoria que a diferença essencial entre regras e princípios é qualitativa, visto que os princípios podem ser aplicados em maior ou menor grau, na medida da ponderação realizada no caso, são, pois, mandamentos de otimização. (ALEXY, 2011, p. 87)

Atualmente, novas vozes se somam ao discurso principiológico, podendo ser mencionado como uma das principais a de Marcelo Neves. O autor critica a forma de utilização do modelo de ponderação de princípios no caso concreto, argumentando que a falta de um direcionamento contundente tende a implantar um estado de insegurança jurídica que não se coaduna com os anseios da sociedade. (NEVES, 2014).

Vale dizer que a atual conjuntura jurídica nacional, em especial com o advento do novo Código de Processo Civil, o qual tende à valorização do precedente judicial, importa na necessidade de discutir a qualidade desses precedentes, em especial nos chamados *hard cases*, onde os juízes e tribunais não raras vezes realizam a chamada ponderação entre princípios supostamente colidentes.

Neste artigo, com a eleição da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, onde se parte dos pensamentos de Robert Alexy em cotejo com as críticas introduzidas por Marcelo Neves, busca-se entender um pouco mais acerca do modelo de ponderação proposto pela doutrina em confronto com aquele utilizado pelas cortes nacionais.

Pretende-se, ao final, identificar como essas teorias podem contribuir para a afirmação de um modelo de precedentes introduzido pelo Novo Código de Processo Civil e que deverá ser objeto de observância obrigatória para os juízes brasileiros.

1 O pensamento de Robert Alexy

Robert Alexy (2011, p. 87), em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, após uma introdução a respeito do conceito de normas e, ainda, de normas de direitos fundamentais, passa à abordagem a respeito da estruturação destas últimas. Assim, narra, após a citação dos critérios tradicionais de distinção, seu pensamento a respeito dos direitos fundamentais e a distinção entre regra e princípio. Nesse trabalho afirma que tanto regras quanto princípios seriam normas porque ambas definiriam o *dever-ser*, podendo ser expressados pelas expressões deônticas da permissão, proibição e obrigação.

Antes contudo de adentrar à discussão da distinção entre tais espécies normativas, dá conta da existência de pensamentos contrários, dentre os quais o daqueles que acreditam serem inócuos todos os critérios para a distinção entre regras e princípios. Para estes, a diversidade existente entre ambos seria tamanha, que qualquer critério se mostraria insuficiente a tal missão. Alexy, ao contrário, acredita na possibilidade de distinção, dispondo a respeito dos critérios até então aptos a tal finalidade, dentre os quais o do caráter geral,

segundo o qual os princípios seriam mais gerais e as regras mais específicas. A distinção seria, pois, de grau. (ALEXY, 2011, p. 87-89)

Para Alexy (2011, p. 90), entretanto, a distinção seria de qualidade, ou qualitativa. Para ele, "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes."

E continua: "Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas." (ALEXY, 2011, p. 90)

Ao contrário do caráter binário das regras, validade/invalidade e satisfação/não satisfação, os princípios seriam analisados a partir da maior adequação de cada um deles diante do caso, sem que tal medida importe na consequência de considerar um dos quais inválido.

Alexy afirma, de início, que tanto regras quanto princípios são normas porque ambos definem o que deve e o que não deve ser, podendo por certo serem formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. (ALEXY, 2011, p. 87) e conclui que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas, sendo que diversos são os critérios propensos a tanto.

O critério da generalidade, largamente utilizado, preleciona que princípios são normas com um elevado grau de generalidade e abstração, enquanto para as regras esse grau de generalidade seria relativamente baixo. (ALEXY, 2011, p. 87).

Por outro lado, para Alexy, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é o fato de que os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em maior ou menor medida, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso. As regras, por sua vez, enquanto normas que são sempre satisfeitas ou não, devem ser integralmente cumpridas nos seus exatos termos. Para ele, enfim, a diferença não seria de grau, mas qualitativa (ALEXY, 2011, p. 90-91).

Assim, explica a lei de colisão como sendo o embate entre dois princípios, abstratamente situados num mesmo nível, os quais entram em choque se aplicados a um mesmo fato. Nas palavras de Alexy:

> Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "por si só, de prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um

> sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*. (2011, p. 95). (destaques originais)

Com a teoria do sopesamento, demonstra que os princípios são mandamentos de otimização, inexistindo uma relação absoluta de precedência entre um e outro, ao passo que seus efeitos no caso concreto não podem ser quantificados. (ALEXY, 2011, p. 99).

No sopesamento entre princípios, avaliam-se as condições e circunstâncias fáticas a que o princípio está submetido e, a partir daí, há o estabelecimento de relações de precedências condicionadas, ou seja, de determinadas condições que determinam a precedência de um princípio sobre o outro. Assim, é correto dizer que sobre outras condições um determinado princípio levaria a uma decisão oposta.

A pergunta central, no entanto é a seguinte: Sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder? Conforme salienta Alexy, a ideia do peso utilizada para responder à pergunta é introduzida e realizada justamente pela definição das condições fáticas, pelo sopesamento. Essas condições, "sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência". (ALEXY, 2011, p. 99).

Como dito, princípios, segundo o pensamento aqui esposado, "exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes." (ALEXY, 2011, p. 104-104) Dessa forma, argumenta que não possuindo os princípios um mandamento definitivo, visto que serão aplicados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, teriam estes um caráter, segundo denomina, *prima facie*.

Em sua visão isso não significa que as regras não possuem um caráter *prima facie*, mas que este caráter é diferente daquele dos princípios. Para estas, é necessário a introdução de uma cláusula de exceção, ao passo que para os princípios basta apenas o sopesamento.

Princípios nada mais são do que razões, tanto para ações quanto para normas, sejam elas abstratas ou concretas (decisões judiciais). Para Dworkin, princípio seria referente apenas àquelas normas que servem como razões para direitos individuais, ao passo que Alexy defende que eles podem funcionar desta maneira tanto no que tange aos direitos individuais, quanto aos coletivos. (ALEXY, 2011, p. 116)

A ideia do sopesamento, embora sedutora, é também bastante atacada, principalmente, acerca do controle dessa atividade. Para os críticos, esse modelo não seria apto a um controle racional, ficando a mercê daquele que realiza o sopesamento entre os princípios e, assim, permeado de subjetividade.

Alexy rebate a crítica com a argumentação de que o modelo por ele defendido não é o de um simples sopesamento para formulação de um enunciado de preferências, mas de um sopesamento fundamentado onde fique claro o processo psíquico que levou ao resultado da operação.

> Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado ao enunciado de preferência e afirmar: *um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz pode ser fundamentado de forma racional.* Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes. (ALEXY, 2011, p. 165). [destaques nossos]

Alexy refuta os questionamentos realizados sobre sua teoria, informando que o modelo de sopesamento racional seria suficiente ao afastamento de todas as questões colocadas, inclusive, a respeito da segurança jurídica. Não considera que exista outra alternativa aceitável ao modelo de regras e princípios e, ainda, que o nível das regras seria o responsável por embasar essas exigências de segurança jurídica, não apenas do respeito literal às regras do texto constitucional, mas também pelo respeito à força dos precedentes.

2 O pensamento de Marcelo Neves

Marcelo Neves, ao desenvolver seu raciocínio, relembra que em Alexy os princípios são apresentados como razões ou fundamentos para normas, sejam essas universais (gerais-abstratas) ou individuais (juízos concretos de *dever-ser*). Afirmando, portanto, que não somente as regras serviriam como fundamentos para decisões concretas, mas também os princípios. Mas salienta que os princípios seriam razões indiretas, servindo como razões diretas para regras e estas para os juízos concretos. (NEVES, 2014, p. 68-69).

Como dito, Alexy traz um modelo em que os princípios seriam mandamentos de otimização, uma vez que não estariam adstritos à binariedade de satisfação/não satisfação própria das regras. Para Marcelo Neves, esse conceito não é algo que possa ser tomado como correto e afirma:

> O modelo de otimização deixa a desejar porque passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parta (economia, ciência, técnica, política, direito, saúde, religião, arte, esporte, família etc.) e de um sistema jurídico que traduz internamente conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos. O que é otimizante em uma perspectiva não o é em outra. (NEVES, 2014, p. 83).

Assim, Marcelo Neves adota o modelo de Alexy no que tange à definição dos princípios como razões *prima facie* e regras como razões definitivas para a tomada de decisão de questões jurídicas, mas afasta a dubiedade de Alexy, afirmando que princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas. Marcelo Neves não diz não ao sopesamento, ao contrário, o admite, mas rechaça a hipótese de que o sopesamento seria a forma de aplicar os princípios como mandamentos de otimização. (NEVES, 2014, p. 84-88).

> Ou as normas estão no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas, mas não sendo razão definitiva para uma norma de decisão de questões jurídicas, e, portanto, devem ser classificados como princípios; ou elas são normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, não atuando como mecanismo reflexivo, e, portanto, devem ser classificadas primariamente como regras. Se não for possível enquadrá-la primariamente em nenhuma das categorias, cabe falar de híbridos. (NEVES, 2014, p. 109).

Assim, tomando como base a distinção entre princípios e regras que constituem uma diferença interna do sistema jurídico, Marcelo Neves conclui que as regras são normas gerais de primeiro grau, estando em primeiro plano na análise do caso concreto. Já os princípios possuem uma dimensão de segunda ordem, visto que não oferecem critérios definitivos para a solução do caso. (2014, p. 120-125).

Verifica-se que a distinção entre princípios e regras ganha relevância quando se passa à argumentação jurídica. Os argumentos são extremamente relevantes porque diminuem o fator surpresa das decisões e levam às referências às razões e fundamentos.

Ora, a argumentação e interpretação jurídica são dependentes do texto e, assim, a tarefa do aplicador do direito (juiz) é dar um sentido ao texto no momento da concretização das normas (sentença). Daí é que aparece a força dos princípios, que possuem o papel de tornar dinâmico e atual a norma vigente, uma vez que a sociedade dotada de complexidade, exige soluções cada vez mais complexas para os seus problemas. (NEVES, 2014, p. 127-128).

Diante de tal contexto, Marcelo Neves observa que os princípios são os instrumentos necessários que o sistema jurídico possui para proporcionar às regras sua adequação social, servindo como forma de fortalecimento ou enfraquecimento das mesmas. Nessa operação constante, a relação entre princípios e regras se faz de maneira circular, tornando impossível a sobrevivência de um sem o outro.

Para melhor aclaramento do raciocínio, pede-se licença para a transcrição de trecho, extremamente esclarecedor a respeito do pensamento exposto:

> Dessa maneira, os princípios constitucionais fortificam a capacidade de reprodução adequada do sistema jurídico. As regras – sobretudo as constitucionais, por sua pretensão de abrangência -, sem a reflexividade dos princípios constitucionais, apresentam-se subcomplexas como critérios isolados para o tratamento e solução dos casos constitucionais que são marcados por uma alta complexidade. *Elas servem melhor à consistência ou autorreferência do sistema jurídico, mas são limitadas no que diz respeito à adequação social do direito. Os princípios constitucionais, ao contrário, embora não possam desprezar a consistência do sistema jurídico, desempenham sua função especialmente em relação à adequação social do direito, em particular nos casos controversos mais complexos.* Pode-se dizer que a argumentação orientada primariamente pelas regras constitucionais é uma argumentação formal, mediante a qual o sistema jurídico pratica a autorreferência, sendo-lhe fundamental "a necessidade de se chegar a uma decisão e de evitar um mergulho em toda a complexidade dos dados de fato do mundo [*Weltsachverhalte*]". Já a argumentação orientada primariamente por princípios constitucionais pode ser vista como uma argumentação substancial, na qual o sistema pratica heterorreferência, inclusive com respeito a "uma dada moral da sociedade", evitando isolar-se mediante a argumentação formal. Portanto, a importância dos princípios constitucionais relaciona-se com a capacidade de viabilizar uma reprodução complexamente adequada do sistema jurídico em relação à sociedade como um todo, ou melhor, ao ambiente social (e natural, ao menos como conteúdo de comunicações) do direito. *Mas assim como o dinheiro na economia, os princípios constitucionais (e outras estruturas reflexivas de sistemas sociais) também são diabólicos.* É verdade que um sistema jurídico moderno que superestime as regras em detrimento dos princípios constitucionais tende a uma consistência excessivamente rígida, isolando-se do seu ambiente: a rigidez do cristal torna-o socialmente inadequado perante uma sociedade altamente dinâmica e complexa. Entretanto, a fascinação pelos princípios constitucionais, em detrimento das regras, tende a bloquear a consistência jurídica, dissolvendo o direito amorfamente em seu ambiente e subordinando-o imediatamente às intrusões particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis etc. *O caráter amorfo da fumaça principialista torna o direito inconsistente e, simultaneamente, não adequado aos fatores sociais do seu ambiente, mas sim subordinado imediatamente a eles.* (NEVES, 2014, p. 132-133). [destaques nossos]

Assim, muito embora se possa perceber que o sistema jurídico de concretização das normas constitucionais seja realizado a partir de uma argumentação construída a partir dos princípios e regras constitucionais, verifica-se que a mudança das circunstâncias, a mudança das argumentações expendidas também pode provocar a mudança da solução do caso. Como bem salienta Marcelo Neves (2014, p. 136), esse contexto fica ainda mais propenso a falhas quando a decisão é tomada por um colegiado em que cada uma das opiniões é proferida a partir de votos individuais, os quais se tornam insuscetíveis de oferecer soluções.

Sim, a decisão tornada precedente reduz o fator surpresa para novos casos semelhantes, mas nada obsta que em nova oportunidade tudo seja revisto e refeito de maneira inversa. Principalmente quando os princípios são contrapostos, o que traz à baila uma racionalidade extremamente falível e superável apenas com a introdução de novos argumentos. (NEVES, 2014, p. 140).

Contudo, a principal crítica feita por Marcelo Neves ao pensamento de Robert Alexy é quanto ao modelo dos princípios como mandamentos de otimização. Isso porque Alexy

parte de um modelo contrafactual de ponderação, aproximando-se de Dworkin, no fato de que com a otimização estar-se-ia em busca da decisão correta, ou da melhor decisão.

> O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra. (...) Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. *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.* (DWORKIN, 2010, p. 127) [destaques nossos]

Sob este raciocínio, otimizar, no sentido de encontrar a melhor decisão dentro das condições jurídicas e fáticas postas, seria uma missão praticamente impossível, visto que o juiz do caso não é um juiz que possui as condições ideais ou que parte de um consenso para a solução do caso. (NEVES, 2014, p. 141).

Pelo contrário, na realidade, as variáveis sociais, que são as determinantes dos chamados 'casos difíceis' ou 'hard cases', são as mais diversas. Assim, as visões introduzidas pelos diversos envolvidos no caso são controversas e dotadas de pontos de vistas antagônicos. Nesses casos, ao contrário do consenso, o que se tem é o embate de ideias e argumentos, tanto dos destinatários da norma a ser construída (decisão), quanto daqueles que estão envolvidos no próprio processo de sua formação. (NEVES, 2014, p. 142):

> É evidente que isso implica, na dupla contingência, *a abertura para a posição do outro, com disposição de aprendizado (alteridade); mas não deve levar à ilusão de um consenso otimizante, pois a unidade de alteridade e identidade (alter ego) em torno da compreensão dos princípios pressupõe a diferença de perspectivas de alter* e *ego* a respeito da Constituição. (NEVES, 2014, 143). [destaques nossos]

Para Neves, o modelo de ponderação de princípios, portanto, não deve se focar em um modelo otimizante, mas comparativo, onde o que se busca, ao contrário da vã tentativa de otimizar um pensamento único, é se colocar à disposição para enfrentar a pluralidade de possibilidades comparativas. Neves prefere utilizar a ponderação como critério de contenção (de limites), ao contrário de otimização, chegando a mencionar inclusive questões de colisões entre princípios envolvendo estruturas transnacionais, onde ao conflito existente se adicionam modos diferentes de pensar dentro de estruturas estatais diversas e regramentos jurídicos complemente independentes.

Além da colisão entre princípios, pode ocorrer também a colisão intraprincípios, ou seja, a leitura dada para cada um deles pode admitir as mais diversas roupagens e modelos argumentativos (NEVES, 2014, p. 160). Nestes termos, o modelo otimizante torna-se inadequado ao enfrentamento de questões relevantes, precisando os juízes e tribunais "enfrentar permanentemente o paradoxo da relação entre consistência jurídica, associada primariamente à argumentação formal com base em regras, e adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios". (NEVES, 2014, p. 170).

3 O abuso dos princípios e o precedente judicial na jurisprudência brasileira

Questão que se põe, a partir das dificuldades acima expostas, das ideias e tentativas de distinguir princípios e regras, do estabelecimento de um critério para a aplicação destes nos casos concretos, em especial, no que tange aos direitos fundamentais, é a utilização pela jurisprudência brasileira dos princípios como razões para decisões. Será que o critério utilizado tem sido um critério claro, racional? Tal questão é essencial para se determinar quão estável e quão seguro se encontra o modelo brasileiro de precedentes judiciais.

Marcelo Neves, em sua obra Entre Hidra e Hércules, levanta o questionamento a respeito do deslumbramento criado em torno dos princípios pela doutrina nacional, chegando a denominá-lo de verdadeira 'compulsão' por princípios:

> (...) com a ponderação sem limites ou a compulsão ponderadora, a racionalidade política torna-se inteiramente irracional para o sistema jurídico do Estado de direito e a racionalidade jurídica torna-se irracional para o sistema político do Estado democrático. O que se desenvolve nesse contexto é uma ponderação *ad hoc*, sem perspectiva de longo prazo, dependente da constelação concreta de interesses envolvidos em cada caso. (NEVES, 2014, p. 196)

Segundo observa Neves (2014, p. 198-202), a atual forma de utilização da técnica da proporcionalidade e ponderação na jurisdição constitucional brasileira tem demonstrado a utilização de argumentos voltados para o caso concreto, mas incapazes de ser utilizados para casos futuros. A ausência de uma metodologia própria e consistente importa na ausência de um posicionamento capaz de formar precedentes seguros. Até porque o fato de o dispositivo resultar de um somatório de votos em determinado sentido não significa que os fundamentos foram semelhantes, ao contrário, o que se verifica na maior parte das vezes é um resultado em que vários são os votos que chegaram a um mesmo resultado, mas por caminhos

argumentativos totalmente diversos, impedindo a formação de um entendimento da corte. Ocorre até mesmo que os fundamentos sejam contraditórios entre si, em que pese haver a convergência dos resultados.

Segundo Neves, a maleabilidade deverá ser sempre uma característica da jurisprudência, mas sempre a partir de uma sobrecarga argumentativa, perfazendo-se em exceção e não a regra a cada caso.

Na obra Julgamento nas Cortes Supremas, Luiz Guilherme Marinoni também alerta que não basta conhecer o resultado do julgamento, mas as razões que justificaram cada decisão, as quais "dão corpo ao precedente, tornando-o racionalmente aceitável e aplicável aos casos futuros" (MARINONI, 2015, p. 20).

Assim, a partir destas constatações, verifica-se que a forma utilizada pelas cortes superiores, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, de ponderação entre princípios e o respectivo caminho percorrido na a construção do fundamento é de extrema importância para um modelo jurisprudencial baseado em precedentes.

O novo Código de Processo Civil, como já se sabe, tem dado um enfoque no modelo de precedentes, outorgando, inclusive de forma expressa, força obrigatória aos mesmos. Exemplifique-se com a disposição do art. 927 do novo código:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais *observarão*:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [destaque nosso]

É inegável a tendência do novo código em fortalecer o modelo de precedentes. No Brasil, ao contrário, o que se tem verificado até então é um processo concentrado muito mais na solução de litígios, que em definição de razões. Sobre esse aspecto, Marinoni constrói um apanhado conceitual e comparativo a respeito do modelo de precedentes, tanto no sistema da *common law* quanto no sistema da *civil law*, e faz uma análise da novel legislação brasileira, apontando algumas incongruências na redação do artigo 927 do novo Código.

> A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça. Ora, isso nada tem a ver com a função das Cortes Supremas, que é a de

> definir, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional. O exercício dessa função, por mudar o direito incrementadamente, acrescentando sentido à ordem jurídica vinculante, dá origem a decisões cujas *rationes decidendi* têm natural eficácia obrigatória. (MARINONI, 2015, p. 22).

Assim, é possível concluir que o que possui força obrigatória perante os juízes e tribunais é a *ratio decidendi* e que decisões plurais não seriam, em princípio, capazes de formar uma *ratio*, uma vez que apesar de quantificar um determinado resultado, não compartilham uma mesma razão de decidir.

Outra questão relevante, levantada por Marinoni (2015, p. 25), é a errônea compreensão em atribuir às sumulas o status de precedente. Somente estes últimos, sob o respaldo das situações fáticas de fundo, são capazes de garantir a unidade do direito sem impossibilitar a revisão e o desenvolvimento de novas razões em casos futuros, sob pena de se defrontar com um perigoso engessamento da jurisprudência. Apenas a partir da situação fática, variável por natureza, é possível pensar em novas tendências e novas situações não tratadas no precedente.

> Lamentável, ainda, é a insistência em relação às súmulas. Essas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou partir das máximas – uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de civil law, como o italiano, para o encontro da uniformidade da interpretação. *As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a ratio decidendi se insere.* (MARINONI, 2015, p. 25) [destaques nossos]

Assim, retomando, pois, o raciocínio acerca da construção dos fundamentos decisórios, os quais constituem única base dos precedentes, necessário se faz averiguar quais tem sido os critérios para a tomada de decisões. Melhor, quais tem sido os fundamentos adotados na construção das decisões baseadas em sopesamento, aplicação de princípios e definição do alcance dos direitos fundamentais.

Marcelo Neves (2014, p. 201) chama a atenção para o fato de que uma ponderação casuística é nefasta e até mesmo diabólica porque resolve os problemas de curto prazo, mas não apresenta soluções para o longo prazo. Verifica-se, pois, nesses casos, a invasão de particularismos eventuais e subjetividades indevidas.

O abuso da ponderação, sem uma clara exposição de fundamentos responsáveis e racionais, pode, segundo Marcelo Neves (2014, p. 193), gerar até mesmo uma simplificação

da ordem constitucional, no sentido de diminuí-la a um princípio último e aberto, que tende a um moralismo incompatível com a sociedade democrática esperada.

> No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça "inerente" a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades. Mais problemático e muito mais presente do que tendências à absolutização de princípios em detrimento de princípios mais específicos e de regras é a "compulsão ponderadora", que faz parte de um lugar comum na nova paisagem constitucional brasileira. Sem dúvida não só na política, mas também no âmbito jurídico e, especialmente, no campo da aplicação judicial da Constituição, há situações em que a necessidade de ponderar, especialmente, é inafastável. *Mas uma "ponderação sem limites" do ponto de vista da jurisdição constitucional tem efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional. Ela leva, ao mesmo tempo, a uma judicialização da política e a uma politização do direito.* (NEVES, 2014, p. 194) [destaques nossos]

Para Marcelo Neves (2014, p. 200), a invocação retórica de princípios para afastar regras, muito embora pareça adequada ao contexto social, que reflete a cada dia uma sociedade mais complexa, sedenta por demandas cada vez maiores de direitos, vai no sentido oposto ao desenvolvimento de uma sólida cultura constitucional e da força normativa da Constituição.

E esta, a força normativa da Constituição, vale lembrar, não reside apenas na adaptação do texto constitucional à realidade, mas em converter a própria Constituição em força propulsora de direitos, visto que ao impor tarefas, permite que estas, quando cumpridas, resultem no fortalecimento do texto constitucional.

Tal como afirmado por Konrad Hesse:

> (...) a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade do poder (Wille zur Macht) mas também a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung)." (2009, p. 132)

Ao final de sua obra, Marcelo Neves retoma a metáfora utilizada ainda na introdução, através da qual utiliza como parâmetro a história mitológica grega dos doze trabalhos de Hércules. Toma por empréstimo a figura combatida por Hércules em seu segundo trabalho, a Hidra de Lerna e, ainda, a figura do sobrinho do herói, Iolau, que o ajudou a concluir o referido trabalho e matar a Hidra.

Assim, utilizando Hércules como uma metáfora do regramento jurídico e a Hidra como uma metáfora dos princípios, Marcelo Neves constrói um raciocínio a partir do qual as

regras são sempre firmes, seguras e precisas, ao passo que os princípios dinâmicos, com o poder de se autorregenerarem continuamente, sempre que novas situações forem se apresentando. Assim como a Hidra de várias cabeças, os princípios também seriam multifacetados e maleáveis, com grande tendência de adaptação às novas realidades.

Iolau, por sua vez, seria o juiz, do qual se exige um comportamento capaz de transitar entre a certeza da regra e a dinamicidade do princípio, sem tender ao engessamento da primeira ou à insegurança do segundo, atuando com sagacidade e equilíbrio, comedimento e perspicácia.

> O juiz Iolau distingue-se do juiz Hidra sob dois aspectos. Por um lado, *ele não se subordina, desorientadamente, ao poder dos princípios de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta, na forma policéfala em que se apresentam.* Não modifica sua posição *ad hoc* para satisfazer exclusivamente a cada nova estratégia em que se invocam princípios. Ele não se deixa impressionar pela retórica principiológica. Caso contrário, afogar-se-ia no lago dos princípios. Por outro lado, o juiz Iolau não atua, ele mesmo, à maneira de Hidra. Não regenera, a cada caso, um novo princípio, para encobrir a sua atuação em favor de interesses particularistas, vinculados ao poder, ao dinheiro, à religião, à parentela, à amizade, às boas relações etc. (...) Entretanto, o juiz Iolau não se confunde com o juiz Hércules (no sentido em que definimos na introdução). *Ele não se prende rigidamente a regras, impedindo que o direito responda adequadamente a demandas complexas da sociedade. Não se põe em uma posição de superioridade intelectual, monológica, ao invocar os seus argumentos técnicos formais. Ele não isola o direito do seu contexto social.* (NEVES, 2014, p. 221-222). [destaques nossos]

Portanto, no mar das demandas constitucionais, o juiz ideal é aquele que sabe distinguir entre a razão e a paixão, é aquele que sabe realizar a ponderação entre interesses conflitantes a partir do sopesamento dos princípios de forma racional e tendente à estabilização da demanda, visando a casos futuros a partir do delineamento de razões que não estão adstritas ao caso apenas, mas ao problema dele decorrente.

A ponderação é técnica que deverá ser vista como a exceção, não a regra, visto que os conceitos jurídicos e a argumentação formal serão sempre analisados em primeiro plano, para somente em um segundo momento a discussão atingir o plano dos princípios. O juiz adequado, segundo Neves, “afasta tanto a absolutização de regras quanto a de princípios” (2014, p. 227).

Conclusão

É inegável que desde os tempos do positivismo jurídico a sociedade vem se tornando cada vez mais complexa, o Estado Social reflete grande parte desse sentimento e a demanda

por direitos é proporcional a essa evolução social. O pós-positivismo como resposta jurídica à sociedade, significou a introdução de novos conceitos e novos esquemas argumentativos. Os princípios jurídicos são a cereja do bolo dessa receita.

Contudo, como se trata de conceito abstrato, de alcance incalculável, não é simples falar e utilizar os princípios como fontes normativas na solução de controvérsias. Os modelos postos pela doutrina são diversos. Neste trabalho, utilizou-se principalmente o modelo apresentado por Robert Alexy, a crítica e, digamos, o filtro apresentado por Marcelo Neves.

Por outro lado, o legislador ciente dos problemas vivenciados, introduz um regramento processual voltado para a atenção ao precedente judicial, visando priorizar a segurança jurídica e afastar a surpresa ao jurisdicionado.

Assim, não há como discordar de Marcelo Neves para concluir que o Judiciário brasileiro precisa adotar uma postura mais criteriosa e comedida na adoção dos princípios como fundamentos da decisão, *ratio decidendi*. Isso não pode significar a abertura dos precedentes a ilações inadequadas, mas aclarar o caminho percorrido até as conclusões e a racionalidade que levou a determinado resultado, buscando um equilíbrio entre regras e princípios constitucionais.

O que se está aqui a defender não é a perenidade de determinados posicionamentos, o que se mostraria totalmente incompatível com uma realidade social democrática, mas que estes posicionamentos ostentem firmeza suficiente para tomá-los como precedentes a conduzir a solução de novos casos.

Até porque no contexto no Novo Código de Processo Civil, onde o precedente judicial passa a ostentar papel relevante, é necessário que esse instituto seja utilizado de forma correta, a evitar danos ainda maiores para a ordem jurídica vigente.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª. ed., 3ª. reimpr., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. **Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, n. 2. Fortaleza, CE: 2007.

FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy.** Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 2. Serro/MG: 2010.

GORZONI, Paula. **Entre o princípio e a regra.** CEBRAP, n. 85. São Paulo, SP: 2009.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas.** *Precedente e Decisão do Recurso diante do novo CPC.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais.** 2ª. ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.