

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SOLUÇÃO PARA COLISÃO DE PRINCÍPIOS OU REGRAS

THE MAXIMUM PROPORTIONALITY IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: SOLUTION TO COLLISION OF PRINCIPLES OR RULES

**Carlos Alberto Simões de Tomaz
Alexandre Máximo Oliveira**

Resumo

Este trabalho possui o objetivo de antecipar algumas das dificuldades, teóricas e práticas, sobre a utilização da máxima da proporcionalidade na forma em que foi positivada no novo Código de Processo Civil, buscando delinear sua utilização não somente para as situações de colisão de princípios, mas sua eventual compatibilidade para solução de conflito de regras. O objetivo proposto exige uma busca pelos fundamentos que foram adotados pelo legislador na positivação do critério de interpretação máxima da proporcionalidade cujo o texto legal indica a sua utilização para colisão entre normas, o que pode alcançar princípios e regras. O artigo também identificará os benefícios da incorporação de normas fundamentais no novo Código de Processo Civil. No desenvolvimento do estudo, para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e normas legais.

Palavras-chave: Proporcionalidade, Novo código de processo civil, Colisão, Princípios, Regras

Abstract/Resumen/Résumé

This work has the objective of anticipating some of the difficulties, theoretical and practical, on the use of the proportionality of the maximum in the way it was positively valued the new Civil Procedure Code, seeking to outline its use not only for the principles collision situations, but its compatibility rules for conflict solution. The proposed objective requires a search for the reasons that have been adopted by the legislature in positivation the interpretation criteria - Maximum proportionality - whose legal text indicates its use for "collision between standards", which can reach principles and rules. The article also identify the benefits of incorporating core labor standards in the new Civil Procedure Code. In preparing the study, to achieve the proposed objectives, we used the theoretical research concerning the issue, consisting of the content analysis of doctrinal texts and legal norms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Proportionality, New code of civil procedure, Collision, Principles, Rules

1. INTRODUÇÃO

A construção de um Código de Processo Civil adequado para solucionar a intensa litigiosidade existente neste novo milênio constitui preocupação de milhares de profissionais do Direito, espalhados em diversas carreiras jurídicas, na esperança de alcançarem a promessa constitucional de razoável duração do processo.

No Brasil, esta preocupação deixou de ser meramente acadêmica e tópica, com a Convocação de uma Comissão de Juristas, instituída pelo Presidente do Senado Federal, pelo Ato n. 379, em setembro de 2009, com a responsabilidade de elaborar o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2010). Em 08 de junho de 2010, o Anteprojeto foi submetido ao Poder Legislativo, sendo que foi discutido por mais de quatro anos, com a realização audiências públicas em vários estados brasileiros, sugestões pela internet e a participação de diversos setores da sociedade organizada. O texto do novo Código de Processo Civil foi finalmente aprovado em 17.12.2014, e promulgado pela Presidente da República, com vetos, em 16.03.2015.

A importância do desenvolvimento de técnicas processuais adequadas para possibilitar um acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente encarada como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, 2002, p.9).

Este trabalho possui o objetivo de antecipar algumas das dificuldades, teóricas e práticas, sobre a utilização da máxima da proporcionalidade na forma em que foi positivada no novo Código de Processo Civil, buscando delinear sua utilização não somente para as situações de colisão de princípios, mas sua eventual compatibilidade para solução de conflito de regras.

O objetivo proposto exige uma busca pelos fundamentos que foram adotados pelo legislador na positivação do critério de interpretação – máxima da proporcionalidade – cujo o texto legal indica a sua utilização para “colisão entre normas”, o que pode alcançar princípios e regras. O artigo também identificará os benefícios da incorporação de normas fundamentais no novo Código de Processo Civil.

O baixo número de trabalhos ou de doutrina sobre o tema, no âmbito do novo Código de Processo Civil, realça a necessidade de se estudar melhor o assunto, que está relacionado com a promessa constitucional de razoável duração do processo.

No desenvolvimento do estudo, para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e normas legais.

2. O PRINCÍPIO OU MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Este artigo não é o espaço adequado para resolver o problema decorrente da terminologia utilizada para definir proporcionalidade dentro do nosso ordenamento jurídico, ora tratada como técnica (BARROSO, 2009, 359), regra (SILVA, 2002, p. 24), máxima ou princípio (MENDES; BRANCO, 2014, p. 217-220) ou metarregra (ÁVILA, 2012, p. 171).

Optaremos por tratar a proporcionalidade como uma máxima ou princípio, conforme a terminologia utilizada por Alexy (2008, p. 116-117) e adotada na maioria das vezes pela doutrina e juristas brasileiros:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível da mesma.

Para Ronald Dworkin, citado por Oliveira (2012, p. 165), há uma única resposta correta para os casos difíceis e não apenas respostas diferentes. Casos difíceis seriam, na discussão anglo-americana, situações de aplicação em que não haveria uma regra específica ou clara a reger, em princípio, um caso concreto submetido à apreciação judicial.

Sem dúvida, Robert Alexy propõe uma reformulação na teoria dos princípios de Dworkin, baseando-se em uma reconstrução da jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional Federal Alemão nos anos de 1970 (NEVES, 2014, p. 163).

A máxima da proporcionalidade proposta por Robert Alexy tem uma estrutura racionalmente definida, com máximas que devem ser aplicadas de forma sucessiva em busca de uma fundamentação racional para solução da tensão entre princípios. No âmbito do Poder

Judiciário evita a hermenêutica negativa do decisionismo judicial¹, em que o magistrado decide por intuição e rejeita os valores consubstanciado pelas opções do legislador.

Sarmiento (2007, p. 144) registra o perigo do decisionismo judicial na solução de conflitos de interesses:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no 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 seus jargões grandiloquentes 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.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Para evitar uma hermenêutica negativa, a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy necessita seguir uma ordem sucessiva de sub-regras para sua aplicação, trazendo segurança jurídica ao jurisdicionado na interpretação criativa do juiz na construção da norma jurídica para o caso concreto. Neste sentido salienta Silva (2002, p. 30):

Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se

¹ A expressão aqui utilizada tem sentido de noticiar o movimento denominado ativismo judicial, em que juízes passam impor as suas próprias concepções de justiça na solução dos conflitos de interesses, abandonando as normas jurídicas aplicáveis, invadindo a competência legislativa, trazendo insegurança jurídica para Estado Democrático de Direito. Não se pode confundir a expressão com as ideias de decisionismo de Carl Schmitte de norma hipotética fundamental em Hans Kelsen, que demonstram que o direito ao menos quanto ao fim a que se destina, é algo diverso do poder.

de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

A partir da observância desta rigorosa concatenação de sub-regras (máximas), a aplicação da máxima da proporcionalidade não se torna fruto de ativismo judicial, prática que deve ser repugnada por se tratar de uma hermenêutica negativa dentro do Estado Democrático de Direito.

Verificou-se que máxima da proporcionalidade possui três sub-regras parciais, sendo que mais importante que a terminologia sobre este princípio, é a correta compreensão das máximas parciais que estruturam a forma de aplicação da proporcionalidade para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

Na sub-regra da adequação aborda-se a intervenção em um direito fundamental é apta a efetivar um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, a análise entre o meio e fim. A sub-regra da necessidade averigua se existem meios alternativos que possam realizar igualmente o fim desejado sem a necessidade de restrição de outros direitos fundamentais. Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2012, p. 185).

Neste sentido, Grinover (2010, p. 7), dispõe sobre as sub-regras da proporcionalidade:

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõe a ideia de menor desvantagem possível ao

cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit) importando na justa medida entre os meios e fins.

Assim, uma vez identificadas as sub-regra que compõe o princípio da proporcionalidade, passaremos a analisar a máxima da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil.

3. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO PADRÃO HERMENÊUTICO DE INTERPRETAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A elaboração do novo Código de Processo Civil foi baseada no modelo constitucional de processo estabelecido pela Carta de 1988, o que legitima formalmente e materialmente as disposições legais do novo *Codex*.

A opção legislativa está expressa no primeiro artigo do Código, ao anunciar que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O novo Código de Processo Civil estruturou o seu primeiro capítulo para abarcar normas fundamentais constitucionais do processo que servirão para compreensão de todas as demais normas processuais. São regras e princípios que demonstram um relacionamento explícito das normas processuais com as normas constitucionais, embora o rol não seja exaustivo, pois não contempla todas as normas fundamentais constitucionais de processo, que também são abordadas ao longo dos demais dispositivos do Código.

A evolução empreendida decorre do fenômeno da constitucionalização do direito, tardiamente reconhecido no nosso país, que passa atribuir às normas constitucionais força normativa. Embora o grau hierárquico das normas constitucionais dispensasse a repetição em normas infraconstitucionais, sem dúvida a contaminação exercida pelos direitos fundamentais passou a alcançar os novos textos legislativos em todos os ramos do Direito, inclusive o processual.

Barroso (2012, p. 366) defende que

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, é composta por normas fundamentais, constituídas de regras e princípios. O critério qualitativo adotado por Alexy (2008, p.85) é o que melhor distingue as espécies de normas constitucionais de direitos fundamentais.

Na concepção do doutrinador alemão, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídica e fáticas existentes (ALEXY, 2008, p. 90).

Já as regras são determinações que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos (ALEXY, 2008, p. 91).

No capítulo destinado as normas fundamentais do processo, o legislador utilizou tanto de princípios² como de regras³, seguindo a tradição dos direitos fundamentais hodiernos.

A positivação de princípios e regras fundamentais no novo Código de Processo Civil decorre do reconhecimento pelo legislador ordinário de valores e necessidades reconhecidos pelo Poder Constituinte. Este fenômeno foi identificado por Sarlet (2012, p. 47):

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande

²CPC/2015 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

³CPC/2015 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Assim, o primeiro Código publicado em regime democrático, inova ao positivizar normas com valores superiores que serviram de parâmetro hermenêutico para interpretação e aplicação da legislação.

Os benefícios da opção realizada pelo legislador, por um modelo constitucional de processo, já eram apontados Sampaio Júnior (2008, p. 117):

Entende-se por modelo constitucional de processo, para fins de compreensão da extensão do direito a uma tutela efetiva, o conjunto de garantias constitucionais referentes ao processo dispostos no rol de direitos e garantias fundamentais e que, de forma expressa, vinculam toda a atuação jurisdicional, impondo uma releitura de todas as normas processuais, de modo que os valores ali dispostos restem consagrados em todas as situações fáticas submetidas a um processo judicial e algumas delas até mesmo em processo administrativo.

Uma possível vantagem da incorporação de normas fundamentais ao novo Código de Processo Civil situa-se na vinculação não somente do Estado, mas de todos aqueles que participam do processo. A ideia de ordem objetiva valores das normas fundamentais também é defendida por Pedrosa (2014, p. 21):

Essa dimensão reconhece a existência de valores coletivos que vinculam toda a sociedade. Com isso não apenas o Estado, mas toda a coletividade deve se abster de violar tais direitos, assim como devem promover o seu respeito e fruição. Desta forma, busca-se proteger o ser humano de constantes atos de opressão praticados por agentes não estatais, cujo poder muitas vezes supera o de muitos Estados.

Esta aproximação dos direitos fundamentais na leitura das normas do Código de Processo Civil demonstra o desapego da fase em que se pregava uma completa autonomia das normas processuais e materiais, passando o processo, em modelo constitucionalizado, a ser considerado como instrumento ligado a realização efetiva dos direitos fundamentais.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A idealização de um Código de Processo Civil baseado em normas fundamentais compostas de regras e princípios exige uma definição clara sobre a aplicação e interpretação destas. Ademais, um Código de Processo Civil, como instrumento para efetivação de direitos fundamentais, não poderia ignorar os problemas contemporâneos do constitucionalismo.

No neoconstitucionalismo afigura-se como normal a colisão entre normas, sendo que o aplicador do direito deve solucioná-las por meio de uma fundamentação racional que legitima sua opção.

Barroso (2012, p. 364) já identifica a questão mencionando:

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural - até porque inevitável - no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

Neste passo, revela-se insuficiente para a solução de colisão entre princípios fundamentais os critérios tradicionais, tais como o hierárquico, o cronológico e o da especialização, embora estes possam ser utilizados satisfatoriamente no conflito entre regras.

Percebe-se, portanto, que os critérios para solução de conflito entre regras aponta para uma decisão sobre a validade, o que não se coaduna na tensão entre princípios, que parte de uma situação em que todos os princípios colidentes são válidos, sendo que um deverá ser restringido para que outro possa atuar.

Assim, “a colisão entre princípios, ao contrário do caráter binário das distinções ‘validade/invalidade’ e ‘satisfação/não satisfação’(ou ‘cumprimento/não cumprimento’) das regras, implica uma questão de determinar qual o princípio tem precedência em face do outro” (NEVES, 2014, p. 65).

O problema referente à colisão de princípios válidos foi trabalhado exaustivamente por Alexy (2008, p.93-94), que advertia:

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

O legislador, atento quanto a possibilidade do juiz ter a necessidade de solucionar conflitos jurídicos decorrentes da colisão de normas fundamentais, seja na interpretação das normas do Código, seja na aplicação ou interpretação do ordenamento jurídico em vigor, constituído por regras e princípios, realizou opção pelo princípio da proporcionalidade.

Dentro do capítulo em que aborda as normas fundamentais do Código, no artigo 8º, o legislador preconiza que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A imposição expressa de observância do princípio da proporcionalidade acompanha a opção realizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴ para a solução de colisão de princípios constitucionais, baseada no intenso esforço de Robert Alexy na análise da jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional Federal.

Os juristas Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron (2015, p. 58) comentam a opção do legislador:

Tal procedimento teórico é na realidade uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, que se seguida conduziria a decisões dotadas sempre de racionalidade. Nesse prisma, então, temos de acentuar que para Alexy a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma perspectiva formal, ou seja, se forem observados a sub-regras do método de

⁴Dentre vários julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram da máxima da proporcionalidade, destacamos a Intervenção Federal n. 2.915-5 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29. O primeiro caso envolve o pedido de Intervenção Federal no Estado de São Paulo, por não pagamento de precatório alimentício. O segundo caso, sobre o reconhecimento da validade jurídica da aplicação de hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar n.º 135/10 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tenha ocorrido anteriormente à edição da lei em comento.

proporcionalidade, independentemente do conteúdo concreto da decisão, esta deverá ser considerada racional.

A opção do legislador pelo princípio da proporcionalidade para solução de conflitos de normas fundamentais, com base em uma teoria da argumentação jurídica que possa fornecer legitimação ao provimento jurisdicional, também é identificada no artigo 489, parágrafo 2º, que exige 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 jurista Lenio Luiz Streck (2015) critica a opção do legislador, por adotar a proporcionalidade para solucionar conflitos de normas, já que a máxima adotada por Alexy era para a solução de princípios e não de regras.

Surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito em falar da ponderação, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em colisão entre normas (seria um abaloamento hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, regras e princípios são...normas. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de “ponderação de regras” não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais “normas-que-entram-em-colisão” seriam os tais “postulados”, “meta-normas” pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: risco de estado de natureza hermenêutico, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro.

[...]

Assim, o ponto central sobre a relação entre Direito e Moral em Alexy se dá a partir da incorporação de direitos fundamentais ao sistema jurídico, uma vez que se trata de enunciados com uma vagueza semântica maior que a das meras regras jurídicas. Desenvolve, assim, uma teoria dos direitos fundamentais que tem como uma de suas características centrais a noção de que nos casos em que o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, aplica-se a técnica da subsunção (casos fáceis); no entanto, devido à abertura semântica das normas de direitos fundamentais, o autor acrescentará a noção de que estes se tratam de princípios com natureza de mandamentos de otimização, tendo em vista que podem entrar em colisão e, para resolver o conflito, deve o intérprete recorrer a uma ponderação (nos casos difíceis).

O sopesamento (ponderação), através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios [atenção, juristas de Pindorama: é colisão de princípios e não, genericamente, de NORMAS] sendo um procedimento composto por três etapas [...]

Concordamos com o mencionado jurista no aspecto de que a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy foi concebida para solucionar colisão entre princípios

válidos dentro de um ordenamento jurídico. A regra por ser definitiva e completa, não comportaria sopesamento.

Ocorre que os princípios, conforme demonstrado em tópico anterior, também possuem força normativa. Portanto, o fato do legislador de optado pela utilização da máxima da proporcionalidade para solucionar a colisão entre normas, não aumenta, obrigatoriamente, o espectro de aplicabilidade da máxima da proporcionalidade, para a solução de conflitos de regras⁵.

Agora, se a opção do legislador foi por estender o princípio da proporcionalidade para a colisão regras, esta também encontra amparo para solução de casos em que as regras são incompletas, possuindo caráter principiológico, o que indica que aplicação de uma poderá restringir outra.

No entendimento de Marcelo Neves, Robert Alexy deixou uma brecha em sua teoria para permitir que a máxima da proporcionalidade também possa ser utilizada para solucionar colisão de regras. Neste sentido:

Daí por que as críticas acima feitas a Dworkin por ele negar uma dimensão de peso às regras também valem, de certa maneira, para Alexy. Embora a regra na sua formulação definitiva e completa, como fundamento imediato de uma norma de decisão, só possa ser aplicada binariamente, ela é *prima facie* suscetível de comportar uma dimensão de peso e, portanto, de submeter-se a critérios de ponderação em um caso concreto. Sem dúvida, isso se relaciona com a existência de exceções, mas não só. Nesse sentido, Alexy deixa uma brecha quando admite a possibilidade referida acima, de que uma regra não possa ser aplicável “independentemente de sopesamentos”, afirmando que ela, nesse caso, é incompleta como regra. Acrescenta porém: “Na medida em que ela é incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso a nível de princípios, com todas as incertezas que estão a eles vinculada”. Mas a questão que permanece diz respeito ao problema de definir quando uma regra se torna completa e se duas regras incompletas não podem colidir, sem que necessariamente se deva recorrer ao plano dos princípios (NEVES, 2014, p.65).

O doutrinador demonstra exemplos de conflitos de regras principiológicas constitucionais em nosso ordenamento, que podem demandar a utilização da máxima da proporcionalidade para sua solução:

Se considerarmos, por exemplo, o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, que assegura a “revisão geral anual” da remuneração dos serviços públicos, a que se atribui uma regra cuja determinação tem sido entendida no

⁵Segundo Luis Roberto Barroso (2014, p. 155), a distinção que se fazia entre norma e princípio já se encontra superada. A Constituição Federal é um sistema de normas jurídicas, composto por princípios e regras.

sentido da exigência de recuperar a perda de valor decorrente da inflação, pode confrontá-la com regras constitucionais que exigem uma destinação e o desenvolvimento do ensino nas três esferas federativas (art. 212 da CF).

[...]

O equivalente ocorre na relação entre a regra do art. 19 da Lei da Responsabilidade Fiscal fundada no art. 160 da Constituição Federal, conforme a qual “a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida” de 50% na União e 60% nos Estados e Municípios, e a regra construída na jurisprudencialmente pelo STJ, atribuída ao texto constitucional mediante interpretação extensiva do disposto no art. 37, incisos III e IV, do texto constitucional, segundo a qual, dentro das vagas estabelecidas no edital de concurso, os classificados devem ser, na ordem, nomeados. (NEVES, 2014, p.78-80).

O legislador ao positivar a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade, para solucionar colisão de normas, sejam elas princípios ou regras, utilizou da brecha deixada por Alexy, e ainda, foi atento aos problemas da dogmática dos direitos fundamentais, em que o legislador utiliza também de regras principiológicas, que são incompletas e dependem da proporcionalidade para sua aplicação quando colidem com outras da mesma natureza.

De outro modo, correta é a preocupação da doutrina quanto a utilização do princípio da proporcionalidade, especialmente para que as soluções que utilizem a máxima não se torne fonte de decisionismo judicial intuitivo do juiz. Assim, necessário empreender esforços para que ocorra uma hermenêutica positiva, para legitimar as decisões judiciais, o que é possível mediante uma argumentação jurídica idônea e constitucional, conforme assevera Sampaio Júnior (2008, p. 117):

Comprovou-se que no cenário atual é inadmissível pensar em Constituição que não tenha necessariamente força normativa e como os seus valores devem restar consagrados em toda a atividade judicante, inclusive com a certeza de que toda a interpretação, integração, e aplicação de normas se baseiam na Carta Magna, ou, dito de outro modo, toda a hermenêutica hoje é constitucional, a fundamentação é imprescindível para que essas linhas sejam materializadas e que a atuação do Poder Judiciário seja legítima, principalmente quando se impõe políticas públicas a serem realizadas pelos outros poderes.

No entanto, para atender uma fundamentação racional em caso de colisão de normas de direitos fundamentais, Lorenzetti (2010, p. 221) alerta para o encargo que o juiz possui em fornecer uma argumentação na utilização do princípio da proporcionalidade, em favor da legitimidade da decisão judicial, que resolve a colisão de direitos fundamentais:

Isso significa que quem quiser limitar ou restringir um direito fundamental tem o ônus de dar as razões para fazê-lo, seja na elaboração da lei ou no julgamento judicial.

Dele foram deduzidas algumas regras de interpretação que são, sempre, derivações desse princípio do encargo argumentativo:

- partir da premissa básica sustentada nos direitos fundamentais;
- os direitos fundamentais são regras que permitem distribuir os encargos da argumentação: quem quiser limitar ou restringir um direito fundamental tem o encargo de dar as razões para fazê-lo, seja na elaboração da lei ou no julgamento judicial;
- existindo um direito fundamental, é necessário dar um argumento razoável e racional para limitá-lo;
- no caso de dúvida, deve-se optar pela solução mais permissiva no sentido do favorecimento da autonomia pessoal e da liberdade;
- os direitos fundamentais são limitados pela existência de outros direitos igualmente defensáveis, conforme um modelo hipotético de contrato social;
- os direitos fundamentais são reconhecidos sob a condição do seu exercício compatível com outros direitos fundamentais e bens coletivos.

A preocupação com a necessidade de uma argumentação racional para legitimar uma decisão judicial, que resolve uma colisão de normas fundamentais, exigiu que o legislador demonstrasse que fundamentações genéricas não são suficientes em um modelo constitucional de processo. Neste passo, o legislador, no parágrafo 1º, do artigo 489 do novo Código, trouxe um exaustivo rol de situações em que a decisão judicial não apresenta uma fundamentação idônea.

Esta iniciativa do legislador em fomentar uma fundamentação idônea para decisões judiciais, fortalece a utilização da máxima da proporcionalidade, cuja o controle de legitimidade será realizado através do raciocínio e argumentação⁶ desenvolvido na decisão.

5. CONCLUSÕES

O novo Código de Processo Civil deve ser lido pelos juristas em sua concepção formal e material, voltado para ser um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, vez que construído sob a égide de valores constitucionais que buscam a construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

⁶O jurista Robert Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação. O esforço do jurista alemão consistiu em definir critérios para identificar se a argumentação e raciocínio é racionalmente justificável. Seu estudo foi exposto na obra Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

A positivação do princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil atende ao modelo constitucional de processo imposto pela Constituição Federal, tendo as opções do legislador legitimidade formal e material.

O legislador adotou expressamente o princípio da proporcionalidade para solucionar conflitos jurídicos decorrentes da colisão de normas fundamentais, seja na interpretação das normas do Código, seja na aplicação ou interpretação do ordenamento jurídico em vigor, constituído por regras e princípios.

A utilização no texto legal da expressão “colisão entre normas” não implicou no aumento do alcance da incidência do instituto para conflito de regras, uma vez que princípios também são normas. Ocorre que Robert Alexy admitia a possibilidade de regras incompletas, que como os princípios, poderiam demandar a utilização da máxima da proporcionalidade.

Na utilização da máxima da proporcionalidade, espera o legislador, que o juiz ao construir a norma para o caso concreto, em que exista colisão de princípios ou regras incompletas, forneça uma fundamentação racional da decisão baseada em uma argumentação jurídica idônea e constitucional, que leve em consideração as condições jurídicas e fáticas do caso, que justificam a restrição de um direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade não deve ser utilizado de forma dissoluta e para justificar o critério de justiça de um juiz. Para que ela não se transforme em decisionismo judicial, necessário que o jurista compreenda corretamente suas máximas parciais, aplicando-as de forma ordenada e sucessiva.

O processo individual e coletivo foram beneficiados com a positivação de direitos fundamentais no texto do novo Código de Processo Civil, reforçando a ideia de vinculação não somente o Estado-juiz, mas de todos aqueles que participam do processo, constituindo neste, um grupo de trabalho voltado para efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, o sucesso do novo Código dependerá da sensibilidade dos profissionais do direito na compreensão das novas bases científicas do processo estabelecidas pelo legislador, que rompeu dogmas do modelo anterior, no sentido de buscar uma prestação jurisdicional em tempo razoável, justa e efetiva, baseada em uma hermenêutica constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 357-409.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 1-20

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARRETO, Ricardo Menna. **Teoria crítica dos direitos fundamentais**. Salvador: Dois de Julho, 2015. Cap. 1. p. 13-34.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Vírgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, n. 91, p.23-50, abr. 2002. Mensal.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Consultor Jurídico**. São Paulo, p. 1-10. 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sitematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 58.