IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

DANIELA MARQUES DE MORAES

VALTER MOURA DO CARMO

Copyright © 2021 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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-395-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Processo civil. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos a presente publicação, fruto das pesquisas apresentadas a partir dos trabalhos aprovados no Grupo de Trabalho Processo Civil I do IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente nos dias 9, 10, 11, 12 e 13 de novembro de 2021.

A quarta edição do encontro virtual teve como tema central "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities" e foi fruto de uma parceria entre o CONPEDI, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Widener University/Delaware Law School, Universitá Degli Studi di Perugia, Universidad de Alicante e o mestrado profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. O evento teve o intuito de oportunizar a divulgação de pesquisas realizadas em instituições nacionais e internacionais, mesmo diante da crise sanitária decorrente da pandemia da COVID-19, assegurando a concretização de discussões plurais e democráticas entre as pesquisadoras e os pesquisadores.

No GT Processo Civil I, foram apresentados 11 resultados de pesquisas, por meio de artigos que discutiram temas caros ao sistema de justiça:

1. A NEGOCIAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL NOS PROCESSOS POR QUESITOS, de autoria de Amanda Ferreira Dos Passos, Sandoval Alves da Silva e Rodrigo Lins Lima Oliveira;

2. COISA SOBERANAMENTE JULGADA E QUERELA NULLITATIS INSANABILIS: um estudo sob a ótica da segurança jurídica, de Fabrício Veiga Costa e Danilo de Matos Martins;

3. AS TENDÊNCIAS RESTRITIVAS DA LEGITIMAÇÃO DE AGIR NO PROCESSO COLETIVO E SEUS IMPACTOS NA SISTEMATIZAÇÃO DE UM CÓDIGO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO DEMOCRATIZADO, de autoria de Fabrício Veiga Costa e Talita Sebastianna Braz Santos;

4. PROCESSO ESTRUTURAL: DA IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO JULGADOR, de Lillian Zucolote de Oliveira e Luiz Alberto Pereira Ribeiro;

5. A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL PELA FAZENDA PÚBLICA NO CPC/15, de autoria de Alexander Perazo Nunes de Carvalho e Victor Felipe Fernandes De Lucena;

6. ANÁLISE CRÍTICA QUANTO À MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, de Walter Lucas Ikeda e Rodrigo Valente Giublin Teixeira;

7. COLISÃO DE NORMAS E REFLEXOS SOBRE TRANSPLANTES JURÍDICOS DE OUTROS ORDENAMENTOS: PONDERAÇÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE, de autoria de Walter Lucas Ikeda e Rodrigo Valente Giublin Teixeira;

8. POR UMA RELEITURA/REVISÃO DA SÚMULA 467 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de Antonieta Caetano Goncalves, Ricardo Tadeu Dias Andrade e Thiago de Miranda Carneiro;

9. ASPECTOS JURÍDICOS DO EXAME DE DNA: uma prova (ir)refutável?, de autoria de Vanessa Pinzon e André Luís Soares Smarra;

10. O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SUA PERSPECTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de José Bruno Martins Leão e Albino Gabriel Turbay Junior;

11. A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS A PARTIR DE UMA RELEITURA DA COERÊNCIA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA, de autoria de Vanessa Silva Leite, Vinícius Luz Torres Silva e Rafael da Silva Menezes.

O Grupo de Trabalho contou com dois blocos que apresentações, tendo sido todas as pesquisas, além de bem apresentadas, colocadas em discussão, momento no qual foi possível estabelecer o debate horizontal sobre cada um dos assuntos, com as contribuições que, certamente, engrandecerão as etapas futuras das explorações dos temas para que as investigações sejam aprofundadas.

Importante frisar o compromisso e a sensibilidade das e dos integrantes do GT quanto ao impacto da pandemia na estrutura e nas dinâmicas do sistema de justiça, resultante de novas práticas jurídicas, e que foram exploradas nos artigos apresentados.

Desejamos aos leitores desta publicação, uma excelente e prazerosa leitura! Os trabalhos apresentados que não integram esse volume foram selecionados para publicação em um dos periódicos do Index Law Journals.

Profª. Drª. Daniela Marques de Moraes (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (PPGPJDH da Universidade Federal do Tocantins – UFT /Esmat).

COLISÃO DE NORMAS E REFLEXOS SOBRE TRANSPLANTES JURÍDICOS DE OUTROS ORDENAMENTOS: PONDERAÇÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE

COLLISION OF RULES AND REFLECTIONS ON LEGAL TRANSPLANTS FROM OTHER ORDINANCES: WEIGHTING AND PERSONALITY RIGHTS

Walter Lucas Ikeda [1]
Rodrigo Valente Giublin Teixeira [2]

Resumo

Cada vez mais temos verificado que as decisões judiciam tem-se pautado em princípios e na ponderação para a decisão de casos concretos, mas a utilização da ponderação alexyana sempre vai legitimar a decisão fundamentada em princípios? Utiliza-se do método hipotético-dedutivo, exploratório e essencialmente bibliográfico para testar a indagação. Os resultados apontam que o dever de fundamentação pode não ser adequada pela simples utilização da ponderação, indicando-se como resultado que a adoção da virada linguística tem se tornado cada vez mais uma necessidade nesta nova fase de se encarar o direito.

Palavras-chave: Importação de institutos jurídicos, Fundamentação adequada, Ponderação, Direitos de personalidade, Virada linguística

Abstract/Resumen/Résumé

More and more we have verified that the judicial decisions have been based on principles and on the weighting for the decision of concrete cases, but will the use of the Alexyan weighting always legitimize the decision based on principles? It uses the hypothetical-deductive, exploratory and essentially bibliographic method to test the question. The results indicate that the duty to provide reasons may not be adequate for the simple use of weighting, indicating as a result that the adoption of the linguistic turn has become increasingly a necessity in this new phase of facing the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Import of legal institutes, Proper rationale, Weighting, Personality rights, Linguistic turn

---

[1] Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Bolsista CAPES. Professor de Direito junto à Unifamma. Advogado.

[2] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da UniCesumar. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. Advogado

1. INTRODUÇÃO

O dever de fundamentação muito em voga nas discussões acadêmicas trouxe à tona o debate sobre o aperfeiçoamento das decisões judiciais. A fundamentação, antes preocupado apenas em analisar os fatos, naquele velho brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*, mostra-se insuficiente na atualidade. Expressão que demonstra a não adoção da virada linguística por excelência.

O brocardo acima teve muito mais relevância quando do Estado Garantidor, com o Legislativo protagonista, tempo que a norma era sinônimo do texto de lei. O ordenamento judiciário, galga de coadjuvante à protagonista. Em paralelo, os princípios passaram a integrar o campo das normas, e a subsunção não era mais suficiente para o ordenamento jurídico, mister foi a integração da técnica da ponderação nesse diapasão. A Constituição passou de carta de intenções, aos que viam o Brasil de fora, à Norma Suprema que deve ser defendida e efetivada por todos. Este *múnus*, inicialmente árduo pela escassez de mecanismo, fez com que diversos institutos como a proporcionalidade migrassem ao ramo do Direito Constitucional e assumissem feições vigorosas.

Hodiernamente, o Judiciário hipertrofiou-se tanto, à míngua de resistência por àqueles outros que tem atribuições do poder, a ponto de surgirem críticas de que não resta mais nenhum poder que possa fazer contrapeso. O Judiciário se torna protagonista nesta nova fase de Estado, cuja denominação se dá por Judiciário Transformador.

Mas resta entender como a legitimidade das decisões judicias podem ser verificadas? Diante de uma quadro normativo de normas porosas e diversos princípios de grande grau de abstração, como podemos determinar se uma decisão é democrática e legítima? Uma das grandes ferramentas na decisão judicial é a utilização da ponderação, agora expressamente disposta no artigo 489 do Código de Processo Civil, mas o transplante ou importação de institutos estrangeiros pode nem sempre refletir sua aplicação na origem, o que também deverá ser objeto de investigação nesta pesquisa.

Nesse passo, diversos fenômenos que cercam nosso objeto de pesquisa surgiram nesta nova fase, dividindo a comunidade de intérpretes, como o ativismo judicial, judicialização, decisionismo e afins; colocando, muitas vezes, em cheque a ordem dos institutos democráticos e decisões que não trazem segurança jurídica, que variam de moral para moral, não são interessantes para o único detentor do Poder, o Povo. Este deve, por meio da publicidade; do devido processo legal; do contraditório e da motivação das decisões; chancelar o protagonismo atual e evitar o seu solipsmo.

Dessa forma o objetivo geral da presente pesquisa é verificar a conexão entre a fundamentação adequada das decisões judiciais e a utilização de técnicas importadas de outros ordenamentos jurídicos, estabelecendo como objetivos específicos: a) as balizas sobre linguagem e institutos estrangeiros; b) a ponderação como argumento de autoridade.

Com a finalidade de cumprir com os objetivos colocados, a pesquisa foi dividida em duas seções. A primeira seção intitulada *Da linguagem e do transplante ou importação de teorias estrangeiras*, abordando a relação entre linguagem e significado das normas; e em segundo movimento, a seção intitulada *Críticas ao subjetivismo do julgador e o decisionismo. pelo direito constitucional de uma fundamentação adequada,* que analisa a associação entre fundamentação adequada e legitimidade da decisão.

2. DA LINGUAGEM E DO TRANSPLANTE OU IMPORTAÇÃO DE TEORIAS ESTRANGEIRAS

Podemos observar que o Brasil tem um histórico enraizado de importação – ou transplante – de teorias e normas estrangeiras, podemos observar, por exemplo, a influência que o Código Civil Francês e Alemão tiveram na elaboração do nosso Código Civil; ou como o Código de Processo Penal Italiano influenciou o nosso Código de Processo Penal; e até mais recentemente como a Teoria da Ponderação do Alemão Robert Alexy tem sido utilizada em terras brasileiras para colisão de normas.

Inicialmente é importante destacar que o objeto de transplante de um ordenamento jurídico ao outro é apenas uma forma de palavras sem sentido. Qualquer regra transplanta de um ordenamento jurídico para outro pode ter qualquer significado, pois o seu deslocamento sofre necessariamente uma mudança que a afeta enquanto regra. Logo, se a regra transplantada não carrega seu significado, a própria regra não é transplantada.

Com efeito, um elemento constitutivo intrínseco às regras é sua passagem por meio de comunidades interpretativas, sendo produto de interesses divergentes e conflitantes na sociedade, este elemento constitutivo afeta a norma para lhe imbuir de valores morais e locais, na própria existência social e humana de determinado espaço, e o transplante jurídico, assim, qualquer transplante de regras sem esta análise pratica uma reificação como falsa determinidade (LEGRAND, 2014, p. 13).

Neste sentido, a norma tem uma indeterminação natural, e o texto é apenas o ponto de partida da norma, a norma não é o mesmo que o texto, a norma não está no texto, surge de uma hermenêutica mais larga, uma interação intersubjetiva no plano da linguagem, pois não é

possível a atribuição de significado sozinho, é necessário alcançar a comunidade de interpretes.

Dessa forma, a comunidade de interpretes não se restringe, ou não deveria ser restrita, a um circulo fechado de intérpretes, mas deve ser alargada para todos os atores processuais e a própria sociedade, e a fundamentação da decisão judicial é imprescindível para este objetivo, enquanto possibilidade da sociedade ter conhecimento das regras do jogo da hermenêutica e do método da discussão sobre os direitos, sendo inexoráveis para uma ordem aberta de intérpretes constitucionais (HÄBERLE, 2002), direito que sem encontra esculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, e no art. 489, do Código de Processo Civil de 2015.

Esta perspectiva da importância do hermeneuta na produção do direito veio com o exaurimento das codificações que pregavam um sistema jurídico em que todas as possibilidades seriam previstas pelo legislador, o desenvolvimento cada vez mais rápido das sociedades não poderia mais ficar no aguardo da atuação legislativa para harmonizar novas necessidades e modos de se relacionar, imprimindo ao juiz um papel importante na discrionariedade do direito conjugando-se com novas técnicas legislativas que se utilizam de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios (MARTINS-COSTA, 2000).

A força normativa que os direitos fundamentais e princípios que a Constituição brasileira nos legou têm efeitos jurídicos, por mais abstratos que seja, pois não há norma sem eficácia alguma, todas produzem efeitos e inovam o ordenamento jurídico (SILVA, 2012), e muitas vezes aguarda-se uma norma infraconstitucional para sua densificação (CANOTILHO, 2007).

A valorização dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade ocorreram no pós-guerra mundial. Após os movimentos de codificação, o direito civil tomou a frente para a regulamentação das relações sociais, em um contexto de desenvolvimento econômico impulsionado por grandes famílias e empreendimentos. Com o fim da guerra, as grandes famílias e iniciativas particulares recuaram, e o Estado restou como única figura capaz de retomar o desenvolvimento nacional naquele contexto de tempo e espaço, o que deslocou a Constituição como centro dos ordenamentos jurídicos e a valorização de suas normas (RODRIGUES JR, 2019).

A inefetividade dos direitos fundamentais ou da personalidade na realidade social tem provocado fragilidade e demandas perante os órgãos que exercem o poder, e a mora do legislativo em regulamentar determinados direitos provocaram uma postura ativa do Poder Judiciário, provocando uma hipertrofia de suas funções diante da morosidade ou ineficácia de outros poderes como o Executivo e o Legislativo, e a ideia de ativismo judicial é justamente

uma intervenção mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de direitos fundamentais ou de personalidade no espaço que seria de outros poderes, ressaltando-se que a postura do Brasil até o advento da Constituição de 1988 era o de auto-contenção judicial (BARROSO, 2009), postura que era totalmente incompatível com a postura do ativismo judicial:

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Doravante, como o Judiciário decidirá o que é o direito a liberdade num caso concreto? O Judiciário não deve agir com carta branca sem qualquer limite para a sua função, e a fundamentação da decisão judicial tem papel inexorável de sua legitimação perante a sociedade, pois agirá harmonizando o caso concreto com a perspectiva macro social (TEIXEIRA; MORAES, 2020, p. 561) e detalhará como esta decisão será mais um passo em direção ao fiel cumprimento do texto constitucional.

Este movimento de valorização da subjetividade do juiz decorre da mudança de paradigma da relação objetiva de sujeito-objeto para a relação subjetiva sujeito-objeto, apostando na figura do juiz para a produção adequada do direito, mas o equilíbrio entre autoritarismo judicial e processo democrático se harmonizam com da valorização do método, da hermenêutica e da fundamentação da decisão judicial, sob o risco de se permitir que a discricionariedade ou a subjetividade do julgador seja a fonte da decisão judicial, o que é chamado por Lenio (STRECK, 2010) de solipsismo judicial.

Todavia, como foi mencionado acima sobre o transplante de regras, é necessário que o direito brasileiro adote a virada linguística, ou seja, a percepção de que o texto não possui a norma, o texto não é a norma, o texto é apenas o ponto de partida, em que se deve buscar a resposta constitucionalmente adequada, até porque uma Constituição cujas promessas não podem ser cumpridas se torna uma legislação álibi que se instrumentaliza ao controle dos anseios sociais (NEVES, 1994).

Dessa forma, a hermenêutica exige uma postura constantemente crítica dos juristas, que não devem cair na narrativa fetichizante da neutralidade do julgador, do legislador onipotente que previu que todas as possibilidades, do argumento de autoridade acima da autoridade do argumento, entre outras posturas que alienam os juristas da produção direito,

limitando seu espaço e função ao de sua reprodução, o que se denomina de senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1982), e a linguagem tem função indelével deste procedimento, especialmente pela sua função de harmonizar a aplicação de normas à realidade social, pois aplicação e interpretação não são atos que se separam.

Com efeito, a interpretação é produto subjetivo, com influência cultural e de uma série de fatores (muitos intangíveis), de uma norma e esta interpretação poderia ser diferente, o que é mais provável, se a interpretação fosse realizada em outro espaço e tempo, diante de culturas e diversos outros fatores diferentes daquela outra interpretação. E dentro de diversas possibilidades de compreensão, que ocorrem em espaços de desigualdade de poder social e cultural da comunidade de intérpretes, ocorrem lutas por poder epistêmicas em que se busca eliminar ou marginalizar as demais alternativas, ressaltando-se, pise-se, a interpretação não ocorre individualmente, sendo necessário que a interpretação seja repetida por diversas vezes para a comunidade de intérpretes ao longo do tempo, constituindo os valores e identidade daquela comunidade (LEGRAND, 2014, p. 6).

O Brasil historicamente é marcado pela dependência do povo por uma autoridade ou um evento providencial para mudar a situação. Desde a independência brasileira perante sua ex-colônia, pode-se observar no próprio hino nacional que um grito retumbante teria tirado o Brasil de suas correntes e resolvido seus problemas, e além disso, a ruptura com a colônia foi promovida pelo herdeiro do trono português, indicando-se que a mudança é possível por meio de um indivíduo com carisma e coragem (GUILHERME; ÁVILA, 2015, p. 63).

Assim, observa-se que a cultura brasileira precisa enfrentar seus fantasmas, não é de se estranhar que o senso comum teóricos dos juristas brasileiros seja justamente de acatar as decisões e súmulas dos Tribunais Superiores como entendimentos finais do assunto, e passa-se a reproduzir acriticamente estes posicionamentos em doutrinas e nos cursos de direito, de forma a consolidar aquele entendimento subjetivo, que poderia ser outro, caso o debate democrático intersubjetivo fosse aprofundado.

Apenas por amostragem, o próprio Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, coloca em seu preâmbulo que o fundamento do ato se presta ao atendimento da autêntica democracia, atendendo-se às exigências do sistema jurídico e político, “baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção” (BRASIL, 1968).

Dessa forma, como pode a dignidade da pessoa humana ser usada para a defesa dos direitos fundamentais e como fundamento do atual ordenamento jurídico e no passado ser

usado para atos totalizantes? Sem a intenção de pormenorizar a questão e os seus contextos, percebe-se que o significado de qualquer norma passa pela atribuição subjetiva.

A hermenêutica jurídica hodierna carrega missão árdua e complexa. De um lado, vale-se de uma crítica do direito, expondo seus fatores condicionantes; e de outro lado, avoca uma responsabilidade processual e de enunciação. Os atores processuais e jurídicos devem mudar a chave, deixar de serem reprodutores e carregadores de sentidos pré-estabelecidos para o papel de produtores de sentido. Um primeiro problema seria justamente o do solipsismo, ou seja, de atores que entendem possuir o significado correto para o texto, mas é justamente o contraponto da sociedade de intérpretes que deverá promover esta mediação intersubjetiva de significantes como contraponto da harmonia constitucional e democrática (ROSA, 2009, p. 7-8).

O que isso tudo tem de relação com a ponderação? A ponderação de princípios, técnica desenvolvida pelo alemão Robert Alexy, foi desenvolvida para um tempo e espaço diverso do nosso, e a cultura jurídica tem aceitado a utilização da técnica como validade das decisões judiciais, ocorre que são vários os trabalhos que já apontam que o Judiciário brasileiro não utiliza a técnica de forma correta, servindo-se muito mais como elemento de autoridade e validação da decisão do que fundamentação adequada.

3. CRÍTICAS AO SUBJETIVISMO DO JULGADOR E O DECISIONISMO. PELO DIREITO CONSTITUCIONAL DE UMA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA

Conforme abordado na seção anterior, o desenvolvimento de técnicas legislativas, a inafastabilidade da jurisdição, a inércia ou inefetividade do Poder Executivo e Poder Legislativo, aliada à força normativa dos direitos fundamentais e de personalidade, coloca o julgador sob uma situação em que deverá proferir decisão de acordo com as porosas normativas constitucionais.

Nesta fase em que o subjetivismo do julgador prevalece com azo na utilização, muitas vezes, indiscriminada e descontrolada de princípios, buscando uma correção moral na decisão, mesmo no caso de ter regra clara para a situação. Nesse viés, José Sérgio da Silva (CRISTOVAM, 2017, p. 222) aborda o decisionismo judicial e a insegurança jurídica gerada pela falta de critérios sólidos de referência para a técnica da ponderação que pode trazer avanços constitucionais, mas que não deve trazer inseguranças jurídico-políticas com padrões moralistas sem que haja limites formais e materiais.

Daniel (SARMENTO, 2007, p. 144) também faz duras críticas ao uso exagerado de princípios na fundamentação, que promove decisionismos que não trazem segurança jurídica alguma, senão expõe valores individuais e pessoais do julgador, dando a impressão de que aquele que busca demandar no judiciário fique submetido a uma espécie de loteria, sendo que ganha aquele que for sorteado ao juiz que se alinha com determinada ideologia.

Na mesma linha, verifica-se que o uso de princípios, sem a prudência devida, a fim de justificar decisão judicial, que pode sujeitar a decisão e as partes ao humor do julgador. É justamente nesta seara, em que o Judiciário está em todos os holofotes como referência na sociedade e com ampla liberdade interpretativa do direito posto, devemos relembrar as lições de Barbosa Moreira:

> [...] Vale acentuar que a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como o de 'bons costumes', 'exercício regular de direito', 'interesse público' e outros análogos; e que as hipóteses de discrição concedidas pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha , e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discrição para cair no arbítrio (MOREIRA, 1980, p. 88).

Destarte, questões que deveriam ser deliberadas pela sociedade e seus representantes no Legislativo, acabam sendo decididas no Judiciário, evento de íntima relação com a judicialização. No meio de tantos extremos, uma decisão bem fundamentada harmoniza os anseios da sociedade e dá credibilidade ao Judiciário, o que é direito fundamental e está regulamentado no artigo 489 do Código de Processo Civil.

As críticas ao decisionismo de modo algum devem afastar o relevante papel do Judiciário na aplicação de direitos e princípios fundamentais, assim como os direitos de personalidade, mas a aplicação da ponderação de princípios ou de normas não devem ser fundamentadas com a subjetividade moral do julgador ou com conceitos genéricos que permitam qualquer decisão.

O julgador não é neutro e nem uma máquina fria e calculista, e sobre o elemento humano, Calamandrei (1995, p. 173-194) trata que o julgador na sua atividade decisória não utiliza sempre um puro silogismo, um procedimento lógico puro, muitas vezes o juiz "sente" primeiro para depois buscar a sua fundamentação, expondo que nem sempre uma decisão

fundamentada partiu das premissas, senão do sentimento sobre a conclusão, mas que seria possível tal decisão embasada no ordenamento.

Pondera-se que pelo princípio da lealdade, o julgador deve demostrar os verdadeiros fundamentos, ainda que tenha de busca-los dentro de si. É da natureza do ato de julgar, inspirar as abstrações das tendências pessoais o ponto de partida da justiça (BITTENCOURT, 2002, p. 164). Por cautela, há de ser colocado que não é adequado ao juiz fundamentar sua decisão fazendo referência a uma intuição ou à sua necessidade de ânimo, a fundamentação ocorre na seara do entendimento, ainda que brotem dos impulsos ou da intuição (KOCHEM, 2016, p. 7).

Ainda, há de ser levantado, também, que o brocado *narra mihi factum dabo tibi jus* - narra-me os fatos que te darei o direito -, não é mais suficiente para saturar o mandamento constitucional, que vai de encontro ao diálogo entre as partes. Os juízes devem fundamentar sobre as questões de direito levantadas pelas partes, não só os fatos, e, ainda que por via transversa, realizar controle de decisionismo judicial.

É exatamente por isso que a virada linguística deve ser apropriada pela comunidade de intérpretes, pois não só os fatos podem ser vistos de diferentes ângulos, como o próprio direito é uma construção intersubjetiva que se dá pela linguagem, por um jogo de forças e pela luta de acordos semânticos, um processo que desenvolve a própria democracia e os direitos. O contraditório desempenha papel importantíssimo nesse desiderato, pois garante a participação dos interessados, não há protagonismo do juiz ou das partes, há busca por uma decisão fruto de um processo democrático e com fundamentação sólida (RABELLO, 2011, p. 61-63).

Nesse passo, ressalta-se que a distinção das regras e princípios tem grande repercussão atual e merecem atenção especial. Em verdade, os princípios ganharam nova roupagem no pós-positivismo, introduzindo ou aprofundando conceitos diversos como o da ponderação, ampliou-se muito a criação e o subjetivismo do julgador para que busque a decisão justa no caso concreto. Assim, se por um lado realiza-se justiça constitucional, de outro, perde-se segurança jurídica (BARROSO, 2001, p. 69).

No que tange à justiça constitucional, Paulo (BONAVIDES, 2012, p. 412) atenta para o fato de que o “princípio” da proporcionalidade ao migrar para o campo do direito constitucional produziu a ascendência do juiz sobre o legislador, possibilitando o julgador trazer mudanças sociais extremamente velozes – a essa nova fase chamada de “Terceiro Estado”, em que o judiciário é transformador da realidade social.

O contexto nacional em que o pós-positivismo nasceu deu grande vazão para sua ascensão e aceitação pela sociedade, questões históricas como a ditadura militar, a

pluralização de assuntos tratados na nova Constituição e ânsia da população por justiça, outrora negados de longa criaram campo propício para a atividade judiciária mais ativa (GRANGEIA, 2013).

Salutar mencionar que a tradição jurídica pátria não carreia um senso de observância muito estrito quanto às classificações, mas que muitas vezes intitulamos princípios aquelas regras com alta carga semântica e que dificultam uma uniformização consentida (SILVA, 2002, p. 26). Oportunamente, ressalta-se que os textos positivados são enunciados normativos que podem expressar – não conter – regras ou princípios como normas. Estas são deduzidas a partir de atividade interpretativa (SANT'ANNA, 2011).

Mister pontuar que a valoração dos princípios, atualmente, nos aproxima de práticas e valores axiológicos de justiça, não se trata de o julgador ser piedoso, mas de aplicar aquilo que está consagrado na Constituição cidadã. Nesse espeque, os princípios não estão para justificar razões morais ou ideais de justiça, mas de dar uma resolução jurídica adequada aos casos concretos, de forma a trazer segurança e legitimidade ao Direito.

O ponto de partida da discussão acerca de regras e princípios, pode ser a obra de Ronald Dworkin no seu famoso "levando os direitos a sério", de 1967. Nesta obra o autor criticou veementemente o positivismo jurídico exegético, levantando as diferenças entre regras, princípios e políticas (DWORKIN, 2007).

O sistema jurisdicional adotado no espaço de Ronald Dworkin busca resolver os casos concretos com base nos precedentes. O problema acontece nos chamados *Hard Cases* cuja solução é difícil. Nestes casos, a segurança jurídica é questionada e eventuais lacunas no direito (sem resposta para o caso) (DWORKIN, 2000, p. 175).

Esta nova perspectiva de ver as normas, com normas princípios e normas regras, por grande parte dos juristas, têm origem tanto do direito norte americano quanto do alemão (BARROSO, 2001, p. 232), assim deve ser ressaltado algumas considerações da tentativa de transplante jurídico de diferentes ordenamentos jurídicos e das pré-compreensões culturais subjetivas:

> O discurso do sistema romano-germânico, por exemplo, é centrípeto na medida em que se submete à ordem do texto de lei posto do qual ele recebe o seu fundamento e ao qual, por isso, procura sempre retornar. A tradição da common law revela uma abordagem diferente, pois estuda os discursos antecedentes (os "precedentes") estritamente como uma propedêutica para a elaboração de outros discursos atuais. O que veio antes é relevante na

> medida em que cumpre uma função exemplificativa. O discurso da common law não é um discurso de segundo grau nem uma glosa. Pelo contrário, é o seu próprio discurso em constante ampliação de seu campo mediante o afastamento de um discurso anterior (igualmente autônomo). A common law é centrífuga. Como, então, que essas configurações epistemológicas afetam a disposição cognitiva do jurista romano-germânico ou do jurista da common law enquanto ele se envolve no ato de repetição hoje? Aqui está uma das questões privilegiadas que comparatistas devem ser convidados a responder (LEGRAND, 2014, p. 14).

Outro grande nome da discussão é de Robert Alexy (2008), este entende que os princípios seriam mandamentos de otimização, ou seja, norma que ordena que, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, alguma coisa seja realizada na maior medida possível; já as regras devem ser satisfeitas integralmente ou não, nem mais nem menos. Vale consignar que a diferença usada entre princípios e valores, os princípios estariam no plano da deontologia e os valores na axiologia, pesa-se ao lado dos princípios neste caso, visto que no direito o importante é o dever ser.

No tocante às colisões de princípios, dentro da perspectiva alexyana, estes serão resolvidos na dimensão do peso. Se por um lado, as regras são aplicadas ou não pela subsunção, os princípios seriam aplicados conforme se pende a balança a favor de um ou de outro no caso concreto. E a proporcionalidade tem relação estreita com os princípios idealizados por Alexy, a própria estrutura dos direitos fundamentais traz esse vínculo. Pois, se por um lado necessitam ser otimizados, de outro lado, essa otimização será feita à luz da proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 43-44), que tem suas sub-regras de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 26).

É importante pontuar que as três sub-regras da proporcionalidade tem ordem pré-definida e caráter subsidiário. Desta forma, a análise da necessidade só ocorrerá se não for resolvido na adequação, bem como a proporcionalidade em sentido estrito só tem vez caso não seja resolvida a questão na adequação ou na necessidade (SILVA, 2002, p. 34).

Superada a construção exposta, por outro lado, Luís Roberto Barroso faz análise crítica da adoção das ideias de Robert Alexy no Brasil, apesar da ponderação ser técnica de decisão importante, carece de objetividade. A estrutura interna do sopesamento não é bem conhecida, trazendo muito o subjetivismo do julgador, não traz referências materiais ou axiológicas para “pesar” os princípios. Tais conjecturas ainda mostram o quanto o

decisiosismo pode ficar embuçado em um verdadeiro simulacro de fundamentação principiológica (BARROSO, 2001, p. 219).

Robert Alexy a fim de superar as críticas de sua teoria, aqui brevemente expostas, propõe um modelo fundamentado em que o processo psíquico utilizado para definir qual a importância de cada princípio deva ser fundamentada de forma racional com base em todos os argumentos possíveis como a *mens legislatori*, consequências da decisão, precedentes e consensos dogmáticos (DUARTE, 2017, p. 294). Apesar da proposta, ainda não é possível trazer uma segurança patente às decisões baseadas em tal técnica, o próprio Robert Alexy admite que a tese por ele firmada não é sempre capaz de trazer uma decisão dotada de racionalidade, nem a uma solução única e inequívoca, mas é possível em alguns casos encontrar uma solução racional e o conjunto desses casos pode ser interessante a saturar o sopesamento como método (DUARTE, 2017, p. 295-300).

O que temos observado é que os Tribunais têm decidido diversas colisões entre direitos da personalidade com base na ponderação, o que é preceituado no parágrafo segundo do artigo 489 do Código de Processo Civil, mas nem sempre a ponderação é a da fórmula alexyana, muitas vezes utiliza-se o termo como argumento de autoridade e que é reproduzido pelo senso comum teórico dos juristas.

Ressalte-se novamente que não se pretende aqui criticar a utilização de técnicas estrangeiras ou não, nem mesmo a crítica de utilização dos direitos fundamentais e de personalidade de forma direta aos casos concretos, o que se busca é criticar fundamentações que velem seus reais motivos por meio de técnicas como ponderação ou sopesamento com princípios abstratos sem a necessária interlocução de sua densificação ao caso concreto.

Diante do exposto, crível considerar que será imprescindível a argumentação jurídica na decisão judicial que aplicar princípios jurídicos, o que deve ocorrer inclusive, e parece que a demonstração dos fundamentos da decisão judicial se mostram como forma harmônica de se legitimar a decisão judicial, muito mais do que a menção à teorias estrangeiras para o caso, a legitimidade se encontra nas razões adequadas de como o ordenamento jurídico resolve o caso concreto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se observou na primeira seção da pesquisa foi que a importação de institutos de ordenamentos jurídicos estrangeiros é a de mera conjugação de palavras, o significado das regras e sua aplicação deve passar pela luta de significações da comunidade de intérpretes,

adotando-se a virada linguística, pois as relações intersubjetivas pelas quais aquele conjunto de palavras toma significado e aplicação ocorre por meio inexorável da linguagem.

Ademais, a passagem do ordenamento jurídico pátrio para adoção da normatividade de princípios, direitos de personalidade e fundamentais foi fundamental para o aprofundamento da democracia e da proteção dos cidadãos, mas a aplicação por meio do Judiciário deve ser adequadamente fundamentada, não podendo furtar-se de sua responsabilidade em motivar adequadamente as razões pelas quais determinados princípios e normas abstratas possuem tal força ou significado, ou seja, o acordo semântico de normas abstratas e a virada linguística da aplicação do direito ocorrer no mesmo passo da decisão adequada ao caso concreto.

Quanto à fundamentação na colisão de normas, devem os julgadores buscar atentar-se para os critérios técnicos que os cientistas e filósofos do direito dão aos institutos, a fim de demonstrar a abertura do círculo hermenêutico da decisão judicial, pois caso não haja regras claras, a sociedade não tem parâmetro de averiguação, os juristas não têm segurança do direito, os tribunais não têm limites, e os justiceiros se multiplicam.

A proporcionalidade tão mencionada nas decisões hodiernas costuma ser remetida à teoria de Robert Alexy, mas o contexto de espaço e tempo é muito diverso do brasileiro, é certo que o estudo de direito comparado em muito enriquece o desenvolvimento do direito pátrio, devendo-se evitar aplica-lo como se o mero transplante ou deslocamento de um ordenamento estrangeiro para o interno operassem com o mesmo significado, devendo ser digerido e ser objeto de luta pela comunidade de intérpretes.

Por derradeiro, a técnica adequada e a fundamentação adequada não estão postas para frear os avanços sociais ou a justiça constitucional; pelo contrário, está para legitimar as decisões de um Estado de Direito, em que todos podem participar do jogo democrático e aqueles que exercem o poder devem obedecer às regras do jogo, incluindo o Judiciário.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-

22, 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498. Acesso em: 05 de ago. 2021.

BITTENCOURT, Edgard De Moura**. O Juiz**. 3. Ed. Campinas: Millennium, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Planalto. **Ato Institucional n. 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 01 de set. 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio Da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do deciosismo judicial: limita-se ou te devoro! **Periódico Universidade Federal de Santa Catarina,** Florianópolis, v.38, n.75, p. 219-242, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n75p219. Acesso em: 17 ago. 2021.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Os Juízes e o novo CPC**. Antõnio Carvalho Filho e Herval Sampaio Junior (org.). Salvador: Juspodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz**. A crise de gestão do poder judiciário:** o problema, as Consequências e os possíveis caminhos para a solução. Enfam. 2013. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 27 de mai. 2021.

GUILHERME, Vera M; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KOCHEM, Ronaldo Luiz. A fundamentação da decisão judicial: objeto e critérios de controle. 2016. 205 f. **Dissertação** (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de "transplantes jurídicos". **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Rio Grande do Sul, v.9, n.1, p. 1-21, 2014.

Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49746/31244. Acesso em: 19 de jun. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **1931 - Temas de direito processual:** segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RABELLO, Bruno Resende. **Novas perspectivas e potencialidade para o contraditório**. 173 f. **Tese** (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2011.

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo:** Estatuto epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a "resposta correta", com Lenio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, p. 1-8, 2009. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5130/2382. Acesso em: 03 de jul. 2021.

SANT´ANNA, Vinicius Pinheiro De. A teoria da argumentação de Robert Alexy e a fundamentação das decisões judiciais (jurisprudência e comentários à tentativa de sua positivização no processo civil). 2011. 95 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito). Vitória. 2011. Disponível em: http://repositorio.ufes.br/handle/10/2715. Acesso em: 03 de jun. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf. Acesso em: 03 de set. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto:** decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; MORAES, Vinicius Caleffi de. Direito à saúde: uma análise dos limites do ativismo judicial para a efetividade do acesso à saúde**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 12, n.3, p. 549-567, 2020. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.123.14/60748319. Acesso em: 08 de ago. 2021.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequencia**, v.03, n.05, p. 48-58, 1982. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121. Acesso em: 25 de jul. 2021.