

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

A PONDERAÇÃO DO JUIZ NO NOVO CPC: ANÁLISE CRÍTICA FRENTE A TEORIA DE ROBERT ALEXY

THE WEIGHTING OF THE JUDGE IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE: CRITICAL ANALYSIS FORWARDS THE THEORY OF ROBERT ALEXY

Cristiny Mroczkoski Rocha ¹

Resumo

A atividade jurisdicional surge com novos traços e contornos no Novo Código de Processo Civil. A cada dia que passa, a necessidade de compreensão dos avanços buscados pelo legislador a fim de trazer maior efetividade e celeridade ao processo, assim como integridade e coerência nas decisões, se mostra premente. Desta feita, pretende-se estudar o papel proposto ao juiz dentro dessa nova sistemática, especialmente na utilização da técnica da ponderação, que surge de maneira expressa no §2º do art. 489, combinando, para este fim, a filosofia do direito de Robert Alexy.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Papel dos juízes, Técnica da ponderação, Teoria de robert alexy

Abstract/Resumen/Résumé

Every day that passes, the need to understand the advances sought by the legislature in order to bring greater effectiveness and speed up the process, as well as give integrity and consistency in their decisions, shows pressing. Thereby, we intend to study the role proposed to the judge in this new system, especially in the use of weighting technique, which appears expressly in the §2 of art. 489, combining for this purpose, the philosophy of law of Robert Alexy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New civil process code, Role of judges, Weighting technique, Philosophy of robert alexy

¹ Advogada e Professora (UNIFIN/RS). Especialista em Direito do Estado (UFRGS) e Direito Processual Civil (Verbo Jurídico). Mestranda em Direito Público pela Unisinos/RS – Linha 1 - bolsista CAPES/PROEX.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A compreensão da atividade jurisdicional¹ no contexto de um Estado Democrático de Direito se mostra premente, principalmente diante das recentes inovações na seara processual civil, que pressupõem maior participação e cooperação de todos os sujeitos, transformando o processo num espaço aberto, livre e dialógico.

O novo Código de Direito Processual Civil (NCPC) é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil aprovada em período democrático, uma vez que os diplomas anteriores foram aprovados em período de exceção (1939 e 1973). Traz, no bojo de suas novidades, a previsão de *ponderação* nas decisões judiciais, técnica essa que demanda grande prudência, levando em conta que, em que pese o legislador não ter poupado esforços em traçar novos e melhores parâmetros para a atuação dos magistrados, ainda há questões que podem ser vistas como imensos problemas, como essa, em especial.

O denominado ativismo judicial, tão em voga nos dias atuais, e que é motivo de desprezo pelos constitucionalistas, pois significa a manipulação do procedimento por aqueles que deveriam, a princípio, protegê-lo, nos faz, além de buscar uma percepção analítica do sistema, uma consideração através da filosofia do direito, tendo em vista que, em que pese a subjetividade judicial ter sido praticamente rechaçada no NCPC, os seus resquícios ainda podem ser detectados, como ocorre no caso do §2º do art. 489.

Sobre esses aspectos, o presente estudo tem como objetivo analisar a postura dos juízes na aplicação da técnica da ponderação como critério hermenêutico, aliada ao sopesamento de bens, valores, interesses, princípios e direitos fundamentais, como forma de chegar a melhor resolução do caso concreto, em situações de colisão de normas.

A questão residirá em identificar se essa técnica empregada na atividade jurisdicional, condiz com a proposta por Robert Alexy, e, ainda, se ela reflete um avanço no campo do processual civil ou uma arbitrariedade interpretativa.

Para tanto, iniciaremos a abordagem através do tema da jurisdição no Estado

¹ Quando falo em “atividade jurisdicional” estou me referindo aos magistrados em sentido amplo, e não as decisões proferidas por árbitros nos processos de arbitragem, já que no sistema brasileiro, consoante

Constitucional, traçando os desafios impostos pelo constitucionalismo contemporâneo e suas bases valorativas, que reclamam o máximo de eficácia possível, como condão ao processo mais justo.

Estabelecidas as estruturas axiológicas, que ordenam e dirigem o movimento processual, como um conjunto harmônico voltado para fins específicos, podemos nos debruçar na questão pertinente a teoria filosófica de Robert Alexy, na condição de premissa à análise de decisões judiciais e das premissas hermenêuticas do NCPC.

Por fim, procederemos à análise do teor do §2º do art. 486 do CPC/15, onde expressamente aparece positivada a técnica da ponderação, momento em que se fará necessária a seguinte problematização: o que o legislador buscou quando aduziu “colisão de normas”? Estamos diante de uma “ponderação à moda brasileira”?

2. A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Passadas décadas, ainda são sustentadas teorias que indicam ter a jurisdição a função de meramente fazer atuar a vontade concreta da lei - noção atribuída a CHIOVENDA². Nesse diapasão, o trabalho do juiz se resumiria na criação da norma individual para o caso concreto, conforme a tese da justa composição da lide, de CARNELUTTI³.

Certo é que, a teoria jurídica, ao longo do século XIX, realizou movimentos à positivação, secularização e sistematização do direito, passando, ao final desse processo, a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen foi a expressão máxima dessa concepção. Porém, após a segunda guerra, surgiram e surgem teorias que procuram religar essas esferas, tendo em vista que a análise unicamente objetiva do fenômeno jurídico não pode ser validada como racional⁴.

Todavia, há divergências quanto às alternativas às abordagens positivistas. Entretanto, também há convergência, no tocante a dois objetivos centrais: *i)* superar a separação entre Direito e Moral preconizada pelo positivismo; e *ii)* reabilitar o uso da razão na metodologia jurídica.

disposições da Lei nº 9.307/96 e do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), é título executivo judicial a sentença do árbitro. Redação do art. 515, VII do Código Processual em vigência.

² CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

⁴ Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.p.199-201.

As propostas formuladas desde então são muitas, a fim de oferecer uma alternativa consistente para o Direito, sem retrocesso ao antigo dilema entre positivismo e jusnaturalismo. Nesse cenário, emerge o pós-positivismo como um novo paradigma jusfilosófico, que se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas: o neoconstitucionalismo.

Nesse paradigma, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a visões mais favoráveis ao protagonismo judicial, em defesa de valores constitucionais, passando, assim, também a serem endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, legitimando os juízes a praticarem a sua fiscalização⁵.

Enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência. Em outras palavras, o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido da concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, esse viés judicialista sofre contestações, sob o argumento principal de que as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas pelo povo, ou por seus representantes eleitos, e não pelos magistrados, resultando num suposto caráter antidemocrático.

Outra crítica, consiste na ênfase na aplicação dos princípios constitucionais e na ponderação, em detrimento das regras de subsunção, o que tenderia a instaurar uma certa anarquia metodológica, gerando, por consequência, insegurança jurídica. Essas objeções têm de ser levadas a sério, pois concepções radicais que aplaudam um decisionismo judicial, ou um “governo de juízes”, contrariam os ideais do constitucionalismo. Em que pese isso, o que deve ser louvado é um novo constitucionalismo, sem desprezar o papel essencial das instâncias democráticas na definição do Direito.

Que se faça reconhecer e valorizar as normas constitucionais pelo ordenamento, a invocação fundamentada e racional de princípios, bem como a atuação jurisdicional integra

⁵ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014. p.203-204. Confronta-se com perspectivas diferentes, FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre passado e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). Estado de direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.419-464.

e coerente, para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos democráticos.

Nesse contexto, Daniel Mitidiero⁶ afirma que a jurisdição no Estado Constitucional teria por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de uma decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para a promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. O Estado Constitucional, portanto, inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que é a legislação que deve ser interpretada a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão disso, também é o art. 1º no NCPC, que preceitua que o "*processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*".

Outro exemplo concreto, são as passagens constantes na exposição de motivos do NCPC:

“Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.”

“Atentando para a advertência, acertada, de que não o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles *standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law* (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).”

Deste modo, adentrando-se no campo do processo civil, poderíamos dizer o desígnio não seria a simples tutela do direito subjetivo, a realização do direito objetivo ou a pacificação social. A máxima do processo civil compreenderia dar tutela aos direitos em uma dupla dimensão: particular e geral.

A dimensão particular da tutela dos direitos residiria na prolação de decisões justas, como meio particular de obtenção da tutela dos direitos. De outro lado, a dimensão geral da tutela dos direitos visaria propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes, o que é chamado por muitos de *commonlawlização*.

⁶ MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional. Revista de Processo ano 39, vol.229, março de 2014.p.51-74.

Logo, o juiz, como *diretor do processo*, deve extrair das normas processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material, e ainda suprir as lacunas que impedem a prestação efetiva da tutela jurisdicional a qualquer espécie de direito. Porém, o encontro da técnica processual adequada exige, conforme evidencia MARINONI⁷, a interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e também para se evitar a declaração da sua inconstitucionalidade, o seu tratamento através das técnicas da interpretação *conforme* e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

É aí que se situa o grande problema: tentar evitar a subjetividade do juiz na tomada de decisões. Surge disso, uma das características marcantes na Jurisdição do Estado Constitucional: a importância destacada da argumentação e fundamentação pelo juiz.

Cresce-lhe, assim, o dever de demonstrar que a sua decisão é a melhor possível mediante uma argumentação fundada em critérios racionais, tendo em vista que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual, devendo-se apresentar íntegra e estável, na medida do possível⁸.

3. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL PROPOSTA POR ALEXY

Robert Alexy é um dos grandes filósofos que surgem em pauta quando aborda-se o tema da subjetividade do juiz e necessidade de explicitação da correção da tutela jurisdicional mediante a argumentação jurídica. Já se preocupava na aproximação entre Direito e Moral (tese da separação ou vinculação), tendo em vista que na polêmica do positivismo jurídico, o conceito vago e amplo de Direito só aparecia definido e justificado através de argumentos normativos⁹ ou por reflexões relativas à adequação, o que, para ele, se demonstrava ineficiente e errônea, pois *existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral*.¹⁰

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p.116-117.

⁸ Nesse sentido o art. 925 do NCPC, que dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e matéria estável, íntegra e coerente.”

⁹ Para Alexy podemos designar como argumentos normativos, por exemplo, a alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantia de segurança jurídica, ou a afirmação, em prol da tese da vinculação, de que ela seria capaz de oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal. (ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.p.26)

¹⁰ ALEXY, Robert, cit., p.27.

Muito embora assuma grande parte dos pressupostos da Teoria do Discurso de Habermas¹¹, procura indicar uma teoria consensual sobre fundamentação racional e legítima dos direitos fundamentais¹². Não teve, contudo, como intuito justificar epistemicamente a função mediadora do direito à teoria social, mas indicar como a pretensão de correção teria condições de ser alcançada pelo Direito.

Sua teoria não se resignaria somente no espaço da adequação, mas também poderia colocar em voga o discurso de fundamentação produzido pelo próprio poder Legislativo, dando condições ao Poder Judiciário de analisar a pretensão de correção das normas legislativas, se valendo para isso da sua Teoria da Argumentação Jurídica¹³.

Todo discurso que visasse à fundamentação pelo consenso deveria observar formas e regras sobre: a) fundamentais; b) razão; c) carga da argumentação; d) formas de argumento; e) regras da fundamentação; e, f) regras de transição.

Essa noção procedimental envolveria o embate de razões ou argumentos que seguiriam determinadas regras, sejam para dotar a discussão de conteúdo racional, seja para determinar o procedimento jurídico, devendo, ainda, essas limitações serem consideradas como racionais, porque respeitariam a universalidade, tendo em vista que delimitariam igualmente a forma de liberdade de participação argumentativa das partes interessadas.

¹¹ Habermas vai afirmar que a “legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar assentimento de todos os possíveis atingidos. (...) a co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo a autolegislação através da teoria do discurso.”(HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.v.1, p.138)

¹² Alexy não rechaça as regras de discurso, somente afirma que elas não podem determinar os resultados das questões jurídicas, continuando a servir às importantes funções no Direito, como na crítica às fundamentações não racionais, explicação da pretensão de correção, etc. Ou seja, ainda seriam determinantes para concepção de decisão justa. (ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.p.47)

¹³ Propunha Alexy: “Meu argumento principal é que cada discurso de aplicação abarca um discurso de fundamentação. Isso vale, em todo caso, então quando se persevera em uma prática de decisão universalista. Abandoná-la, significaria renunciar a uma das exigências mais importantes da racionalidade prática. Com isso, simultaneamente, está dito que a distinção entre a fundamentação e a aplicação de uma norma pode contribuir somente pouco para o problema, no estado constitucional democrático tão central, da delimitação das competências do legislativo daquelas do poder judicial. (ALEXY, Robert. Prefácio. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010., p. 11)

Assim, o procedimento jurídico como âmbito de desenvolvimento discursivo teria a finalidade de certificar a pretensão de correção¹⁴.

A teoria do discurso racional tem uma grande vantagem sobre as teorias morais materiais, pois é muito mais fácil fundamentar as regras da argumentação prática racional do que as regras morais materiais.¹⁵ Para Alexy, a efetiva forma de resolução dos conflitos sociais se daria mediante um procedimento ou processo judicial, onde não apenas emanariam decisões, mas também se argumentaria, fundamentando racionalmente essa decisão. E, essa racionalidade seria conferida pelo fato da decisão satisfazer as regras estipuladas nos procedimentos, presumindo-se a sua fundamentação, sem olvidar o princípio da universalização, ou não-contradição.

O filósofo buscou apresentar todas as regras necessárias, através de vinte e oito tópicos da integração do discurso prático geral e o jurídico, para que a decisão judicial pudesse obter a qualificação de racional. Tais regras envolveriam a fundamentação sob duas perspectivas: *i*) interna: onde se mostraria necessária a apresentação da fundamentação entre o resultado normativo (norma) e a proposição jurídica positivada no texto constitucional, por exemplo, servindo para apresentar, portanto, como o enunciado jurídico, texto ou interpretação atribuída a ele estaria conectada aos fatos e à conclusão (necessidade de interpretação); e *ii*) externa: residiria na fundamentação das premissas iniciais do silogismo jurídico, o que daria caráter de racionalidade à decisão¹⁶. Tal proposição seria aplicada ao caso concreto por subsunção.

O que nos levaria a dizer que

“...da colisão entre princípios jurídicos, num âmbito ideal do *dever-ser* máximo de sua ordem, poderia, na realidade, apenas ser obtido aproximadamente na realidade. Essa realização implicaria a construção de uma proposição jurídica aplicável mediante subsunção. Isto é, do conflito entre princípios jurídicos considerados como comandos ideais, chegar-se-ia à regra aplicável mediante subsunção ao caso concreto.”¹⁷

¹⁴ MORAIS, Fausto. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3402/Fausto%20Morais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02/04/2016.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.p.530.

¹⁶ In MORAIS, Fausto, cit., p.96.

¹⁷ Ibid., p.96.

Logo, a justificação externa serviria a fundamentar a escolha da premissa inicial, admitindo que provenha do Direito positivo e enunciados empíricos¹⁸. Contudo, no caso de indeterminação, fazer-se-ia uso da interpretação, dogmática jurídica e aos precedentes, tanto um quanto os outros teriam a serventia de reduzir a ambiguidade e vagueza do ordenamento jurídico.

Segundo Alexy, a argumentação jurídica seria um tipo de teoria moral procedimental, onde determinadas regras e condições desenrolariam o caminho do argumentar racional prático, que envolveria as noções dos princípios jurídicos a argumentação jurídica. A manobra do jurista seria, assim, otimizar a ordem dos critérios valorativos (princípios), harmonizando diferentes comandos conflitantes, criando para tal fim uma regra de precedência condicionada às condições jurídicas e fáticas de determinado caso concreto.

Estabelecendo-se regras condicionais de precedência de um princípio sobre o outro através de uma fundamentação racional, se condicionaria uma rede objetiva de valores, residindo a correção da problemática na jurisprudência. Afirma Alexy que *“isso não leva somente a uma casuística-ad hoc, deve ser reconhecido nisto, que as condições, sob as quais um princípio precede ao outro, formam o tipo de uma regra -, certamente, relativamente concreta(...)”*¹⁹.

Pontua, ainda, o filósofo:

“O argumento principal consiste em uma ampliação da fundamentação pragmático-transcendental, acima dada, da necessidade de uma ordem normativa da vida social que leva a sério o particular como particular. O conceito do levar a sério não abarca posições de particulares não podem ser eliminadas ou limitadas em favor de bens coletivos, mas ele abarca que, para isso, deve haver uma justificação eficiente.”²⁰

Em suma: o ponto central sobre a relação entre Direito e Moral em Alexy se dá a partir da inclusão de direitos fundamentais ao ordenamento jurídico, uma vez que se tratam de enunciados com uma vagueza semântica maior que as regras jurídicas. É desenvolvida, assim, uma teoria dos direitos fundamentais que tem como uma de suas características

¹⁸ O autor indica a existência de outros elementos de justificação externa, como a razão a empiria ou os argumentos jurídicos especiais.

¹⁹ ALEXY, Robert, cit., p. 195.

centrais a noção de que nos casos em que o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, aplicar-se-á, em casos fáceis, a técnica da subsunção. Contudo, podendo os direitos fundamentais entrar em colisão, o intérprete recorrer-se-á ao que denominou de ponderação (casos difíceis).

4. O NOVO CPC E A PONDERAÇÃO

Primeiramente, cabe dizer que a análise das premissas filosóficas lançadas, não buscam sustentar o afastamento da submissão da atividade judicial à lei, muito pelo contrário, o que estamos a buscar são pontos de partida para uma melhor compreensão do que poderá surgir no que tange a fundamentação das decisões, tendo em vista a expressa previsão do §2º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil, que, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece 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 a premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”.

Já há críticas veementes à previsão dessa técnica de ponderação²¹, encabeçadas, principalmente, por Lênio Luiz Streck, que incisivamente reporta que o dispositivo do NCPC nem de perto resplandeceria as ideias do seu criador, Robert Alexy. Porém, há também posicionamentos favoráveis, como os de Flávio Tartuce²², Fredie Didier Jr, Humberto Ávila.

A corrente favorável, a fim de lançar bases para sua aplicação, aduz que a ponderação não é exclusividade dos princípios (NCPC prevê normas), pois as regras também podem conviver abstratamente, porém colidir concretamente: *i)* podem ter seu conteúdo preliminar no sentido superado por razões contrárias; *ii)* podem conter hipóteses

²⁰ Ibidem, p. 197.

²¹ Nesse sentido LENIO LUIZ STRECK, quando assevera que “*o problema principal da ponderação é sua filiação ao esquema sujeito-objeto (ou das vulgatas voluntaristas da filosofia da consciência) e a sua dependência da discricionariedade, ratio final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos hard cases e nas vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja o mecanismos que arranque o Direito dos braços do positivismo. Pode até livrá-lo dos braços do positivismo primitivo, mas inexoravelmente o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmatista*”. (In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.p.157)

²² Conforme se depreende do artigo disponível em:

<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>. Acesso em 01/04/2016.

normativas semanticamente abertas (conceitos legais indeterminados); e *iii*) admitem formas argumentativas como a analogia. Sendo que, em todas essas hipóteses, Humberto Ávila²³ afirma que seria necessário fazermos uso da técnica da ponderação.

Argumenta, ainda, que, no caso de sopesamento, a técnica também poderá ser empregada, não sendo, portanto, privilégio dos princípios (conforme previa Alexy). Prova disso, afirma, seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins a que elas visava resguardar.

Como ressaltado acima, a teoria de Alexy previa unicamente a ponderação de princípios, enquanto o sopesamento, o qual ele denominava de máxima da proporcionalidade, era a saída para a resolução dos conflitos jurídicos em que se depreendia a colisão de princípios, e que envolvia três etapas: 1) a adequação; 2) necessidade e a 3) proporcionalidade em sentido estrito.

Explica Lênio Streck²⁴: *“as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação)”*. Continua: *“que tem a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”*.

Flávio Tartuce²⁵ também de maneira esclarecedora, elucida a técnica proposta originalmente por Alexy:

“Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como terceira premissa, o aplicador do Direito deve fazer uso da técnica de ponderação. Em tal sopesamento, na presença da lei de colisão, os princípios são numerados por P1 e P2; C são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto T1, T2 e T3 são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão final. A quarta e última premissa é a de que a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional.”.

²³ ÁVILA, Humberto. Curso de direito processual Civil. 10. v.2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 325.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em: 04/04/2016.

²⁵ TARTUCE, Flávio. Técnica da ponderação no Novo CPC. Debate com o Professor Lênio Streck. Disponível em: <http://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>. Acesso em 01/04/2016.

Todavia, ao incorporar (ou tentar incorporar) a ponderação no nosso ordenamento, adotamos uma técnica à nossa moda: o NCPC não prevê a ponderação em princípios, mas em “normas”. Mas o que significariam essas “normas”? Seriam um conflito hermenêutico? Tratariam de regras e princípios? Ou seriam postulados? Ou meta-normas? O legislador teria buscado indicar somente os princípios ou não? Poderá o julgador escolher um dos princípios e regras em colisão?

Enfim, um leque de dúvidas pairam sobre o que poderá vir do uso da técnica da ponderação. Porém, a nossa única certeza é de que não poderão os juízes prestar atividade jurisdicional dotada de completa subjetividade, o que encontraria óbice direto no disposto no art. 93, X, da CRFB. Ademais, também como objeção a isso, o NCPC já lançou como premissas o abandono do “livre convencimento”, se filiando ao dever de motivação, a fim de construir uma jurisprudência estável, coerente e íntegra (artigo 925).

Nesse sentido, a irresignação de Lênio Streck²⁶ (corrente contrária a ponderação):

“...de um lado, ganhamos excluindo o livre convencimento do novo CPC; de outro, poderemos perder, dando poderes ao juiz de dizer: *aqui há uma colisão entre normas* (quando todos sabemos que regras e princípios são normas); logo, se o juiz alegar que “há uma colisão entre normas” (sic), escolhe a regra X ou o princípio Y. Bingo: e ali estará a decisão. E tudo começará de novo. Teremos perdido 20 anos de teoria do direito”.

Desta feita, em razão da segurança jurídica²⁷, não se poderá: a) conceber decisões díspares sobre a mesma matéria através do uso do relativismo interpretativo, o que

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC?....., cit.

²⁷ O princípio da segurança jurídica possui previsão implícita na Constituição Federal, conforme se depreende da análise dos capítulos que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º incisos XXXVI, XXXIX e XL) e no que trata dos direitos políticos (Art. 16, *caput*). Implica, em poucas palavras: normalidade, estabilidade, proteção contra alterações bruscas numa realidade fático-jurídica e, por conseguinte, confiança dos indivíduos. É, portanto, um valor abstrato a ser observado dentro do que temos como o Estado Democrático de Direito, uma vez que não há democracia onde não há segurança, principalmente quanto aos direitos fundamentais do cidadão, os quais devem permanecer resguardados. ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, sobre segurança jurídica, distingue que “há duas facetas do direito à segurança jurídica: a objetiva, pela qual se imuniza os atos e fatos jurídicos de alterações posteriores, consagrando a regra geral da irretroatividade da lei, e a subjetiva, que também é chamada de princípio da confiança, pela qual a segurança jurídica assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico”, Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p.566. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO destaca, também, como apontamentos mais importantes desse princípio os seguintes: “(1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”, Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 264.

contrariaria os demais dispositivos constantes no próprio Novo CPC; b) aceitar o fato de que todas as normas²⁸ poderão colidir, pois se assim for, perderemos o campo de avaliação estrito da validade.

4.1 A atuação do juiz inserido no EDD X A ponderação do NCPC

Nessa perspectiva e, tendo em vista que nos encontramos num Estado Democrático de Direito (EDD), como o Novo CPC “quer” que atue o juiz²⁹? Deverá ser priorizado o julgador “boca da lei”, conforme preconizava Montesquieu³⁰? Ou queremos fazer uso da ponderação ponderada, ou amplitude?

O Estado Democrático de Direito é acolhido pela nossa Constituição no seu art. 1º, apresentando como princípios essenciais e conformadores: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social, entre outros.³¹ Por essa razão muito autores não o diferenciam absolutamente do *Welfare State* (Estado Social Democrático de Direito).³² Entretanto, o que não podemos esquecer é que na passagem do Estado de Direito, onde a segurança jurídica detinha a característica de imobilidade da ordem jurídica, para o Estado Democrático de Direito, esse princípio ganhou novos moldes, buscando conciliar institutos de um modelo clássico de governo com a flexibilidade necessária ao desenvolvimento das finalidades econômicas e sociais constitucionalmente eleitas como objetivos estatais.

²⁸ Para nós as normas englobariam regras e princípios. No mesmo sentido ver: STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>.

²⁹ Para um estudo mais detalhado sobre o Estado Democrático de direito, consultar STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, entre tantos outros autores.

³⁰ O forte da crítica à Montesquieu assenta-se na existência possível de várias interpretações de um texto legal, donde a possibilidade de extrair-se, de um texto velho, uma norma nova, mais consentânea com a atualidade. Trata-se, em suma, da criação jurisprudencial do Direito, que constitui uma antítese do princípio da legalidade, baseado na supremacia da lei.

³¹ Quanto a todos os princípios essenciais, consultar CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, ob. cit., especialmente p.349 a 711. Sobre o tema, contribui de forma significativa DARCI G. RIBEIRO, ao analisar Canotilho, que “para o autor, a melhor maneira que a contemporaneidade encontrou para albergar os princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado”, *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 57.

³² Para MIGUEL REALE o “Estado Democrático de direito traduz uma opção para a *democracia social*”, *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*, São Paulo: Saraiva, 1998, cap. I,II e IV. Mas alerta que: “É obvio que a *democracia social* não deve ser confundida com a *social-democracia*, que é sempre de cunho socialista, idem ibidem.

Logo, se antes nos deparávamos com a Constituição restringindo a aplicação de normas isoladamente consideradas, sob o novo paradigma, a função estatal é mais ampla, exigindo do julgador uma análise de todo o texto constitucional para a concretização dos valores ali normatizados, conforme bem exaltamos no primeiro ponto do estudo. Nesse exato contexto, prescreve o art. 1º do NCPC, determinando que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas da CFRB.

Kaufmann³³ já sustentava que o direito intrinsecamente válido é o contido nas sentenças dos juízes, cuja tarefa constituiria “numa gradual atualização ou concretização”, não só das leis, mas dos princípios gerais que necessariamente integram o cenário axiológico da obra do legislador. Ou seja, o ideal é que haja uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, estando dentro dessa ideia o dever de fundamentação calcado no art. 489 e seus parágrafos do NCPC, o qual lança “contornos” à liberdade subjetiva da atividade jurisdicional, nos direcionando, *a priori*, para um Estado mais ético e igualitário.

Porém, a questão do §2º do referido artigo, é digna de preocupação, pois, será mesmo que terá como o juiz justificar a ponderação? O que poderemos esperar? O cerne da questão não está no que se esperar, mas sim no que podemos ou não aceitar.

Não há como consentirmos com decisões judiciais arbitrárias (decisões predominantemente políticas) dentro de um EDD. Conforme bem ressalta José Maria Rosa Techeiner³⁴, “*poder, no sentido mais próprio da expressão, é poder discricionário. O juiz que obedece à lei não exerce verdadeiro poder*”. Nós preferimos considerar a expressão “poder arbitrário”, vez que a discricionariedade dentro do mundo jurídico, ainda se faz presente e de certa forma necessária, pois como poderia um juiz conceder uma antecipação de tutela sem discricionariedade? Nesse sentido, nos filiamos a doutrina de Darci Guimarães Ribeiro³⁵ que bem elucida a questão:

"sem sombra de dúvida, o ato judicial é discricionário, em nada se confundindo com um ato arbitrário, pois a discricionariedade está calcada dentro da legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto; fundamentação esta que inócorre no ato arbitrário, pois é

³³ In MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofia del Derecho*.p.506.

³⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. *Juiz bouche de la loi – Em defesa de Montesquieu*. Disponível em: www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5975-juiz-bouche-de-la-loi--em-defesa-de-montesquieu. Acesso em: 27/03/2016.

³⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Tendências modernas da prova*. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091211003435.pdf. Acesso em: 28/03/2016.

adotada uma posição não permitida pelo ordenamento jurídico para aquele caso em concreto.”

Observe-se que, não podemos dispensar os aportes filosóficos ao direito, a fim de que tenhamos uma aplicação positiva da lei, calcada na moralidade, através da devida fundamentação, quando do uso da ponderação. Mas não só nesse caso, mas em qualquer decisão judicial.

O NCPC inaugura a “era” dos sujeitos processuais como protagonistas no processo. Poderíamos dizer que a democracia do EDD flexibilizou o procedimento, tornando as partes também protagonistas na relação jurídico-processual (por ex. a inserção do art. 10 e 190, do NCPC³⁶), mas o que não implicaria em dizer que o poder dos juízes (em sentido amplo), estaria agora diminuído e/ou limitado, e nem é esse o sentido da proposição.

Certo é que, atento às críticas do sistema, o legislador vem procurando um ponto de equilíbrio entre o automatismo e a livre interpretação na aplicação da lei. A lei, por que geral e abstrata, não se ajusta a todas as situações de fato, motivo pelo qual, em casos excepcionais, deve-se admitir o afastamento de uma regra legal, desde que haja efetiva motivação.

Nesse contexto, podemos dizer que, na generalidade dos casos, deve, sim, o juiz, ser a boca da lei, decidindo em conformidade com o sistema jurídico, e não de acordo com seus sentimentos ou sua ideologia – com subjetividade. Trata-se, pois, de exigir-se objetividade na aplicação do Direito, vez que, consoante já advertia Ovídio Baptista da Silva³⁷, as sentenças judiciais devem ser vistas como a manifestação do juiz declarando a “lei do caso concreto”.

Porém, nem sempre a lei responde a todas problemáticas, como no caso de colisões de *normas*, momento em que se lançará mão à ponderação, consoante preconiza o NCPC. Cumpre ressaltar, porém, que a teoria original de Robert Alexy não passou por aqui, mas a

³⁶ De acordo com o art. 10, NCPC, o juiz não mais poderá decidir questões sem permitir a manifestação das partes (no mesmo sentido o §1º, do art. 927 do NCPC), ainda que se trate de matéria de ordem pública. Já o art. 190 do NCPC determina que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, ou seja, é a flexibilização do procedimento propriamente dita pelas partes (protagonistas).

³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 455-456.

técnica, pelo menos até agora, é um artifício civil-constitucional, que será, a princípio, levado a uso, excepcionalmente (acredita-se), principalmente nos *hard cases*.

Até hoje, já tínhamos a sua utilização no âmbito do Direito de Família e em outras searas. Podemos citar o exemplo do julgamento realizado pelo STF no HC 71.373/RS, onde modificou-se a legislação (arts. 231 e 232 do CC), para que, nos casos de inviabilidade da obrigatoriedade do exame de DNA, com condução coercitiva, a sua negativa levasse à presunção relativa da paternidade.

Importante se mostra o seguinte trecho do voto do referido julgamento exemplificativo: “*O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física*”. Continua o Relator:

“...vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um **interesse preponderante**, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito de identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse público. Não foi sem razão que o legislador atribuiu ao parquet, à vista da importância da determinação do vínculo de filiação, a iniciativa para que, em determinadas circunstâncias, intente a investigatória de paternidade...”

O Ministro Ilmar Galvão, se posicionando favoravelmente ao relator, disse que “*No confronto de dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida em posicionar-me em favor do filho...*”. Disso tudo, podemos perceber que, ainda que o NCPC fale em “colisão entre normas” a serem ponderadas, a doutrina, assim como a jurisprudência em evidência, a tem utilizado sobre valores, interesses, princípios, regras e bens, aparecendo, assim, sobre diversos institutos no nosso sistema jurídico.

Mas isso é possível? Com efeito, a técnica está positivada, mas, na generalidade dos casos, não deverá ser utilizada (§2º do art. 489), exigindo-se, sempre a objetividade na aplicação do Direito, e, principalmente, a fundamentação extensiva na tomada de decisões.

REFLEXÕES CONCLUSIVAS

A ideia recepcionada pelo Estado Liberal de Direito sobre o “poder de julgar” ainda se faz presente nos dias atuais³⁸. A obra de Montesquieu³⁹, idealizou a tripartição de poderes e, nesse sentido, o ideal de uma atividade judicial voltada fundamentalmente para afirmar o texto da lei, puramente intelectual, sem possibilidade de criação de novos direitos. O império da lei (abstrata e genérica), como instrumento à serviço da liberdade e igualdade dos cidadãos no Estado Liberal, ganhou força à ideia do império dos homens. Sendo que essa abstração e generalidade também apontavam para a impossibilidade do magistrado em considerar as características do caso concreto, vez que, segundo os valores liberais, haveria obscuridade a previsibilidade e certeza do direito.

Porém, esse poder “nulo” afirmado por Montesquieu já não se faz tão presente no Estado Democrático de Direito, em que se busca, principalmente a partir do neoconstitucionalismo, por conceitos filosóficos, aliando novamente Direito e Moral, ante os fracassos do positivismo tradicional.

Os neoconstitucionalistas objetivam, sob os mais diversos âmbitos, reintroduzir os valores no Direito, em tempos da pré-ocupação de ordem ético-filosófica, onde o Direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Ou seja, o desafio do EDD é não deixar que o próprio Direito fique indiferente às injustiças sociais.

O intento é um Estado mais ético, pautado pelo bem comum, pela igualdade entre os indivíduos, e, dentro desse designo, a atividade do Poder Judiciário, salvaguarda dos preceitos constitucionais, deve ser pautada por coerência e integridade, como forma de assimilar virtude política, excetuando ao máximo quaisquer decisões pautadas por ideias liberais de subjetividade – ainda que se fale em subjetividade (pois encontra-se presente ainda em alguns comandos do NCPC, conforme já ressaltado), essa deve considerar o todo, a coletividade, a fim de buscar o bem comum e a não alienação do direito às desigualdades.

Nesse viés, buscando traçar melhores comandos à atividade jurisdicional, o art. 489 do NCPC surge como grande inovação no cenário jurídico, mas também como problemática, segundo alguns doutrinadores. Seu problema principal seria a previsão de ponderação, contida no §2, que filia-se ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da arbitrariedade.

³⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois (Do espírito das leis)*, p.158: “se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.

A técnica à moda brasileira, não reflete com exatidão a teoria de Alexy, tendo em vista a sua incidência na colisão de “normas”- conceito que pode ser ampliado por quem faz seu uso, vez que não estaríamos falando somente em sopesar princípios, mas também, poderíamos cogitar que abarcariam regras, interpretações hermenêuticas, valores, interesses...

Positivou-se, assim, uma grande abertura no desenrolar da atividade jurisdicional. Contudo, a ideia é de que a aplicação da técnica ocorra somente em casos excepcionais, e sempre digna de boa argumentação e fundamentação, principalmente nos denominados *hard cases*.

Sendo assim, não acreditamos que virá a aparecer corriqueiramente no cenário jurídico, pois se, a *contrario sensu*, isso ocorrer, poderíamos dizer que enfrentaremos a “era” das decisões arbitrárias, totalmente desprovidas de objetividade e fundamentação, mesmo na inexistência de colisões, o que iria contra os próprio ideais do NCPC, que preceitua a luta contra o livre convencimento do juiz, buscando decisões bem fundamentadas, pautadas da coerência e integridade, para que o direito passe a ser um conjunto harmônico que expresse um sistema justo.

Partindo da premissa que, examinado o *fundamento*⁴⁰ na sua plenitude, eventual cábula a um ou mais argumentos não será capaz de nulificar a decisão, pois deverá ela estar vinculada ao sistema jurídico. Desse modo, havendo ponderação, deverá a mesma ser bem estruturada, além de envolver postulados específicos, a exemplo da proporcionalidade, contemplando todas as seguintes etapas: 1) preparação da ponderação: análise extensa acerca dos elementos e argumentos envolvidos, indicando quais que são os objetos a serem sopesados (ponderados), como condição derivativa da necessária fundamentação das decisões judiciais; 2) realização da ponderação, onde se fundamentará a relação estruturada entre os elementos ponderados, e no caso de serem princípios, indicar a relação de primazia de um sobre o outro; e 3) reconstrução da ponderação: formulando-se regras de precedência,

³⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois (Do espírito das leis)*, cit., p.158. Para Montesquieu o poder de julgar era um poder nulo (*en quelque façon, nulle*), tendo em vista que aos juízes caberia unicamente afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, sendo o pronunciamento judicial um texto exato da lei.

⁴⁰ Nesse ínterim, fundamentos e argumentos não devem ser confundidos. Os primeiros atraem o dever de decidir de forma motivada, diminuindo o espaço do livre convencimento, dotado, notadamente, de carga suficiente para alterar o resultado da decisão. Enquanto os argumentos encontram-se na órbita do próprio fundamento, sendo uma forma de apresentar raciocínio ou método de convencimento para que o fundamento seja prestigiado na decisão.

com a pretensão universal⁴¹.

Essa missão de etapas precisa ser cumprida, carecendo que o juiz desempenhe, portanto, um verdadeiro papel de colaborador não só do próprio processo (lide), mas de todo o sistema jurídico, a fim de mantê-lo consolidado, como norte a um processo civil e a um Brasil mais justo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Curso de direito processual Civil**. 10. v. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BOBBIO, N. Bovero. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e evolução do direito**. 3. ed. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. *Ajuris*, Porto Alegre/RS: Síntese, n.09, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, nº 232.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. v. 1. Padova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, Padova: Cedam, 1936, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2,

⁴¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.96.

CIOCCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofía del Derecho**.7.ed. México: Editorial Porrúa S.A, 1994.

MITIDIERO, Daniel. **A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional**. Revista de Processo ano 39, vol.229, março de 2014.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**.

Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3402/Fausto%20Morais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

POSNER, Richard A. **A problemática da Teoria moral e jurídica; tradução de Marcelo Brandão Cipolla**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Juiz bouche de la loi – Em defesa de Montesquieu**.

Disponível em: www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5975-juiz-bouche-de-la-loi--em-defesa-de-montesquieu

RAMOS, Cesar A. **Liberdade Subjetiva e Estado na Filosofia de Hegel**. Curitiba: Ed. Da UFPR, 2000.

RESENDE, Max de Filippis. **Liberdade subjetiva moderna em Hegel e críticas posteriores**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/1660/2840>

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Tendências modernas da prova**. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091211003435.pdf

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**.2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2014

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOLARI, Gioele. *Studi Storici di Filosofia del Diritto*. Turim, Giapichelli, 1949.

STRECK, Lenio Luiz. **In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Porque a ponderação e a subsunção são inconsistantes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>

TARTUCE, Flávio. **Técnica de ponderação no Novo CPC. Debate com o professor Lênio Streck**. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>

WEBER, Thadeus. **O Estado Ético**. In: Amor scientiae: festschrift em homenagem a Reinhold Aloysio Ulmann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. *Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.v.5, parte 1.