

A POSITIVAÇÃO DA PONDERAÇÃO: OS RISCOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA MAL COMPREENDIDA

FILIPE PINTO MONTEIRO¹

ANA ELISA SPAOLONZI QUEIROZ ASSIS²

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PÓS-POSITIVISMO E A TEORIA DA PONDERAÇÃO. 2.1 Considerações sobre a teoria da decisão jurídica e a positivação da teoria da ponderação. 2.2 A Teoria da ponderação “à brasileira”, questões controversas. 2.3 Decisionismo judicial: o desconhecimento metodológico e interpretativo. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

RESUMO: O presente artigo problematiza a positivação da teoria da ponderação de Alexy no código de processo civil de 2015, como um meio cogente na busca pela adequada solução jurídica. Buscou-se questionar as razões para tal positivação, haja vista que teorias interpretativas são meios pelos quais os operadores do Direito utilizam para buscar respostas à problemas reais, de modo que muitos pesquisadores tem problematizado, criado e até mesmo adaptado tais teorias, desde o positivismo clássico até o atual momento pós-positivista, muito embora o nível de compreensão dessas teorias, em especial as mais recentes, pelos Tribunais nacionais, tem se mostrado frágil, ante ambíguas decisões publicadas. Prosseguindo, mediante metodologia qualitativa, com

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

² Doutora em Educação pela Universidade Estadual de Campinas. Professora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

³ Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

abordagem analítico-descritiva, utilizando revisão bibliográfica, buscou-se criticar o engessamento do sistema processual civil brasileiro em torno de uma teoria que não é unânime, ante a impossibilidade do intérprete ampliar seus horizontes e buscar novas fontes hermenêuticas, podendo culminar em um decisionismo.

PALAVRAS CHAVES: Ponderação. Processo Civil. Interpretação jurídica.

THE POSITIVATION OF BALANCING: THE RISKS OF THE INSTITUTIONALIZATION OF AN UNDERNEDED LEGAL DECISION THEORY

ABSTRACT: This article discusses the positivation of Alexy's balancing theory in the 2015 Civil Procedure Code as a cogent means in the search for the appropriate legal solution. We sought to question the reasons for such positivation, given that interpretive theories are means by which the operators of law use to seek answers to real problems, so that many researchers have problematized, created and even adapted such theories since classic positivism until the present post-positivist moment, although the level of understanding of these theories, especially the most recent ones, by the national courts, has been fragile in the face of ambiguous published decisions. Proceeding, through a qualitative methodology, with an analytical-descriptive approach, using a bibliographic review, we sought to criticize the plastering of the Brazilian civil procedural system around a theory that is not unanimous, given the impossibility of the interpreter broadening their horizons and seeking new hermeneutic sources, which may culminate in a decisionism.

KEYWORDS: Weighting. Civil lawsuit. Post-positivism. Legal interpretation.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2015 marcou uma completa reestruturação do processo civil brasileiro com a aprovação do Novo CPC, visando, principalmente, agilizar a jurisdição, haja vista o enorme número de pendências judiciais que se arrastam por vários anos nos tribunais, sem qualquer expectativa de solução a contento, além de introduzir novos institutos e retirar outros. Nesse sentido, embasado na regra constitucional da razoável duração do processo, o legislador ordinário buscou meios de agilizar os julgamentos, ou mesmo informalizar o processo, a

fim de que a partes também se tornem protagonistas de suas questões e não somente o Estado-juiz, além de dar grandes poderes às decisões dos Tribunais Superiores, que praticamente às equipararam às leis⁴.

Percebe-se que atualmente a conciliação e mediação se tornaram regras no novo processo civil, ainda, a arbitragem, que possui regulamentação própria, é estimulada. Houve, portanto, inovação com a atualização da legislação processual no tocante à adoção de um sistema de resolução de conflitos conhecido como multi-portas⁵, por outro lado, nota-se também grande valorização de jurisprudência dos Tribunais Superiores, que passa a ser parâmetro de decisão e até mesmo de peticionamento, visto que não deve se contrariada, sob o pretexto de uniformização e maior celeridade da resolução dos conflitos⁶.

No entanto, com a nova legislação, o parlamento brasileiro inovou e institucionalizou a teoria interpretativa da ponderação, idealizada pelo jurista alemão Robert Alexy, como uma forma de solucionar questões judiciais utilizando-se de argumentação e sopesamento de princípios, ou seja, uma dentre as muitas teorias interpretativas pós-positivistas, com foco principal em colisão de princípios constitucionais fundamentais, ou, como denomina o autor: mandamentos de otimização, a fim de que em cada caso concreto a ser levado ao Judiciário, o julgador escolha um princípio sobre outro que estiver em rota de colisão, mediante utilização de uma fórmula específica⁷.

O trabalho buscará, mediante metodologia qualitativa, com abordagem analítico-descritiva, utilizando revisão bibliográfica, em especial de autores pós-positivistas, problematizar a saída utilizada pelo legislador ao inserir no texto do código de processo civil a teoria da proporcionalidade como um norte cogente aos julgadores, haja vista os riscos de institucionalizar uma teoria que tem se

⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73**. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵ SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, p. 75-89, abr./jun. 2009.

⁶ GOMES, Frederico Barbosa. Será a súmula vinculante solução para os problemas do Poder Judiciário? Uma análise pragmática do instituto. In: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, v.16. Belo Horizonte: 2010.

⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.131.

mostrado incompreendida em território nacional, cuja aplicação é questionável e cuja eficácia mostra-se, ao menos no sistema jurídico brasileiro, controversa.

2 O PÓS-POSITIVISMO E A TEORIA DA PONDERAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA E A POSITIVAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO

A grande reforma no processo civil brasileiro, no ano de 2015, primou pela urgência das decisões judiciais, dando enfoque à utilização (obrigatória) de soluções alternativas do litígio, como a conciliação e mediação; além supervaloração das decisões judiciais, tais como súmulas e decisões de Tribunais Superiores, elevando-as a um novo patamar, praticamente semelhante às leis, mediante regulamentação de sistema de precedentes, com clara influência do *common law* europeu⁸.

Ocorre que, ao lado de novos institutos, o legislador incutiu no novo texto processual a teoria da ponderação, que em um primeiro momento, mostra-se inadequada ao paradigma processual civil, visto que os trabalhos do autor, assim como sua teoria, são voltados aos direitos fundamentais individuais, conforme expressa Alexy⁹:

Constituições democráticas modernas contém dois tipos ou categorias de normas. Da primeira categoria fazem parte aquelas normas que constituem e organizam a dação das leis, o poder executivo e a jurisdição, portanto, o Estado. No centro está, aqui, a autorização. Na segunda categoria caem aquelas normas que limitam e conduzem o poder estatal. Aqui, devem ser mencionados, em primeiro lugar, os direitos fundamentais. Essa dicotomia parece – pelo menos no universo dos estados constitucionais democráticos – ter validade universal. A universalidade, certamente, deve-se – como tantas vezes – à

⁸ DONIZETTI, Elpídio. *Op. Cit.*, p. 10.

⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p.105.

abstratividade, e estende-se, por conseguinte, também somente tão longe quanto esta. Diretamente abaixo do plano da abstratividade extrema entram em jogo possibilidades distintas. Isso concerne tanto ao lado das competências estatais como ao dos direitos individuais. Eu irei considerar somente os últimos.

A despeito disso, por ser Alexy um autor apreciado nos Tribunais brasileiro, conforme se verá adiante, em especial no Supremo Tribunal Federal, a teoria da ponderação extrapolou a interpretação constitucional de direitos fundamentais e chegou até o processo civil, como discorre o artigo 489, §2º do novo código¹⁰:

“nos casos de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

A teoria interpretativa idealizada por Alexy deixou o status de uma metodologia da decisão e interpretação jurídica, e passou a gozar de força legal, quando positivada no Código de Processo Civil, mostrando-se prudente problematizar essa nova ferramenta que deverá ser utilizada pelos magistrados em casos de colisão de normas, nas palavras da legislação acima enunciada. Para se compreender melhor a teoria formulada por Alexy e abraçada pelo novo processo civil brasileiro, é prudente discorrer sobre a formação da Teoria da Decisão Jurídica e como o pós-positivismo tem buscado dar respostas à complexa questão da melhor interpretação das normas.

Nesse sentido, inúmeros são os autores e da mesma forma, inúmeras são as teorias criadas para buscar a melhor e mais adequada interpretação dos textos jurídicos, em especial as normas constitucionais em um contexto de decisão jurídica, como se verá sucintamente nas próximas linhas. Segundo

¹⁰ BRASIL. Lei 13.105/2015.

Simioni¹¹, a Teoria da Decisão Jurídica é um esforço reflexivo do Direito contemporâneo visando, principalmente, adequar as decisões jurídicas ao contexto vigente de um Estado Democrático de Direito, e por conseguinte, minorar a tensão existente entre o paradoxo do constitucionalismo (princípios fundamentais do Direito) e democracia (opinião das maiorias).

Ora, em um Estado Democrático de Direito, que está sempre envolvido com defesa de das garantias fundamentais de minorias e no respeito à escolha das maiorias, a Teoria da Decisão Jurídica mostra-se necessária para mediar-se a correção moral, oriunda da antiga concepção jusnaturalista, face a segurança formal, de origem positivista. Esse debate envolvendo moral e segurança formal, iniciado com Hart e Castanheira Neves, pode ser considerado a origem do pós-positivismo¹².

Nessa linha de pensamento, Barberis¹³ discorre sobre o neoconstitucionalismo, que surge no final do século XX, mediante estudos direcionados por pesquisadores do Direito da Escola de Gênova, em especial Suzana Pazzolo e o próprio Maurício Barberis, indicando teorias críticas ao positivismo jurídico, porém, sem uma volta anacrônica ao jusnaturalismo, e encontra apoio em autores como Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky. Portanto, o neoconstitucionalismo esbarra nas mesmas problematizações trazidas pelo pós-positivismo hodierno e aproxima o texto constitucional das vivências humanas, deixando de ser apenas uma norma programática.

Mostra-se prudente compreender esse contexto e as motivações do debate pós-positivista e neoconstitucionalista, antes de adentrarmos na especificidade da teoria formulada por Alexy e sua adequação ao sistema jurídico brasileiro, pois, para Simioni¹⁴, a contemporaneidade do pós-positivismo tem como centro do debate a decisão jurídica e o esforço teórico e reflexivo que a circunda, visto que há uma clara tensão entre a segurança formal, cuja origem

¹¹ SIMIONI, Rafael Lazzaroto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Editora Juruá. 2014, p.24.

¹² Ibid, p.25.

¹³ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional**, v.1, nº 07, p.17-30, jan/jun 2016.

¹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzaroto. *Op.Cit.* p.24

remota ao positivismo clássico, em face da recuperação de princípios morais e éticos, oriundo do jusnaturalismo, e tão repudiada pelos defensores de uma teoria pura do Direito.

Na formulação das teorias da decisão jurídica pós-positivistas encontra-se em pleno debate duas correntes: o procedimentalismo e o substancialismo. O procedimentalismo relativiza a existência de valores, ou princípios morais e éticos fixos, ou seja, generalistas, pois compreende que a pluralidade de verdades existentes no discurso social contemporâneo faz que com esses conceitos sejam distintos entre as diferentes regiões do mundo, sendo que as decisões jurídicas (na qualidade de centro do debate), devem apreender os argumentos morais extraídos das discussões públicas locais, encontrando seus principais referenciais em Jürgen Habermas, Robert Alexy, Klaus Gunther, dentre outros. Por outro lado, o substancialismo compreende que a existência de uma cultura múltipla, ou mesmo a globalização, é incapaz de relativizar princípios e valores morais básicos, o que justificaria a existência de decisões jurídicas corretas¹⁵.

Na visão procedimentalista a Constituição não pode ser considerada, tão somente, um mecanismo de regulação entre Estado (poder) e cidadãos, algo que apenas restrinja a atuação do Estado, delimite limites e estipule direitos, antes, assume um papel determinante na delegação de direitos políticos, nos quais os cidadãos, mesmo possuidores de direitos e garantias individuais, buscam por meio de procedimentos democráticos, construir um discurso argumentativo que legitime decisões coletivas. Portanto, o Direito que não perpassa pelo rito democrático da construção discursiva, é ilegítimo e autoritário, sendo indispensável à normatividade constitucional garantir a existência de arenas imparciais, aonde os cidadãos possam expor suas verdades e buscar um consenso discursivo¹⁶.

¹⁵ Ibid, f.25.

¹⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n° 57, 2006. p.: 23-44.

Habermas, inventor da teoria da ação comunicativa, compreende que a razão prática, constituidora de uma moral cogente, que determina as ações individuais mediante um “devo ser/fazer”, deve ser abandonada em face de um agir comunicativo no qual a coletividade, mediante um entendimento linguístico, é capaz de construir a melhor decisão, através de um “como podemos construir uma solução”. Nesse contexto, o autor alemão compreende que o direito positivado não está inserido na correção normativa tão somente, ou seja, o direito transcende a normatividade, tocando um mundo real fático, objetivo. Portanto, o direito na visão procedimentalista de Habermas, é uma facticidade, e não apenas normatividade¹⁷.

Segundo Habermas:

“A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmo e com os outros”.¹⁸

Partindo da teoria comunicativa de Habermas, em especial as regras dos discursos práticos gerais, ao lado das formas argumentativas de Chain Perelman, Robert Alexy formula sua teoria da argumentação jurídica. Em suas pesquisas, Alexy concentra seus esforços na estruturação de sua teoria com foco nas questões envolvendo direitos fundamentais, e daí inicia-se o debate no tocante à colisão desses preceitos fundamentais, de modo que num contexto pós-positivista e neoconstitucionalista, as Constituições devem ter programas políticos realizáveis, portanto, esse princípios devem ter aplicação prática imediata. Ainda, o autor utiliza-se da divisão da norma entre regras e princípios, oriunda de Dworkin, para estruturar um modelo de procedimento decisório para

¹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. Cit.* p., 480.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.: 20.

casos difíceis, de modo que nesses casos o magistrado deverá ponderar, mediante formulações delimitadas, entre um princípio fundamental em face de outro, a chamada teoria da ponderação, ou sopesamento de princípios¹⁹.

Como se observou, o pós-positivismo inaugurado em meados do século passado, tem se preocupado com a formulação das decisões jurídicas, mediante uma teoria da decisão e interpretação, visto que com a superação da perspectiva positivista, ou mesmo neopositivista Kelsiana, não há mais espaço para uma teoria do direito pura, legalista, ou que seja suficiente em si mesma, trazendo à lume questões importantes levantadas pelo jusnaturalismo, como a influência de questões morais e de princípios, sem uma volta à transcendência de um direito divino. Nesse contexto, autores procedimentalistas e substancialistas tem erigido o debate sobre as formas hermenêuticas, e no Brasil, Alexy tem demonstrado ser referência, visto que inclusive sua teoria passou a ser positivada, muito embora seja mal aplicada e cuja eficácia, seja questionável, conforme trataremos nos tópicos seguintes.

2.2 A TEORIA DA PONDERAÇÃO “À BRASILEIRA”, QUESTÕES CONTROVERSAS

Antes de tratar a doença, é prudente conferir os sintomas. O direito brasileiro vive uma crise de identidade, porque tem se mostrado inerte no campo da pesquisa jurídica há quase um século, o que tem resultado em pouquíssima produção de qualidade gerando uma aglutinação de teorias estrangeiras sem qualquer investigação e esse enorme atraso qualitativo da ciência jurídica em face da grande produção nacional em outras áreas das ciências humanas e sociais, se deve principalmente à dois fatores: isolamento em relação à outras disciplinas e confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica²⁰.

¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op.Cit.* p. 234.

²⁰ NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Revista Novos Estudos*, nº 66, São Paulo, 2003.

Como o Brasil é praticamente estático no campo de produção científica no Direito, existe o hábito (antigo) de simplesmente agregar ao ordenamento qualquer teoria jurídica produzida no exterior, em especial da Alemanha, e passar a considerar aquele escrito um cânone jurídico, quase um dogma religioso. Curiosamente, não bastasse a importação de teorias no varejo, uma situação peculiar é exatamente a discutida neste trabalho: a interpretação jurídica constitucional, pois ao menos se espera que seriam métodos consolidados e sedimentados, principalmente de eficácia conhecida, em especial perante o Tribunal Constitucional Alemão, porém, não é caso²¹.

Nobre²² compreende que o isolamento do direito teria raiz em duas situações, a primeira por se considerar o direito como primazia da antiguidade, visto que desde o século XIX até as primeiras décadas do século XX, o direito sempre esteve ligado ao poder político no Brasil, haja vista o grande número de famosos juristas políticos deste período. Assim, por certa arrogância, não havia qualquer diálogo interdisciplinar, por se considerar a ciência mestra do Brasil. Nesse contexto de isolamento de autossuficiência, o progresso em pesquisa jurídica foi praticamente nulo no século XX.

Quando se diz da confusão entre prática e pesquisa a questão é preocupante pois, o ensino jurídico tem se mostrado uma simples transmissão da prática jurídica de advogados, juízes/ministros, promotores; muito distante de uma produção acadêmica comprometida com a pesquisa. Verifica-se, por exemplo, a grande disseminação do ensino por manuais, resumos e reproduções dogmáticas, que em um contexto de pouquíssima produção científica, passa a ser uma “ilusão necessária”, e segundo o autor²³, como não há pesquisa, aquilo que é transmitido aleatoriamente, sem a devida investigação, passa a ser uma verdade incontestada, por isso que ao se formar operadores do Direito mediante manuais, cria-se a ilusão de que a “verdade científica” foi passada, e basta trilhar esse caminho, receber aquele conteúdo, curvar-se

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005. p.: 115-143.

²² NOBRE, Marcos. *Op.cit.*

²³ NOBRE, Marcos. *Ibid.*

perante ele e nada mais será necessário. Em suma, há pouquíssimo questionamento teórico no meio jurídico brasileiro atual.

Virgílio Afonso da Silva²⁴, analisando a questão da interpretação constitucional realizada no Brasil, discorre que tem se mostrada eivada de vícios e sincretismos teóricos desprovidos do conhecimento necessário, não só dos autores, mas também de como se operou as construções teóricas e eventuais aplicações em seu país de origem. Para o autor, em terras nacionais é comum o sincretismo metodológico, no qual teorias claramente inconciliáveis em suas origens, encontram abrigo e aplicação, sem qualquer pudor, em questões relevantes. Vide, por exemplo, a ADC nº 09/DF do ano de 2001, na qual o então advogado geral da União, Sr. Gilmar Ferreira Mendes, fundamenta seu pedido utilizando-se simultaneamente das obras de Alexy e Müller, autores que nem de longe dialogam, e o STF, sequer adentrou nesse controverso assunto hermenêutico, visto que mesmo a Suprema corte tem mostrado desconhecimento sobre técnicas interpretativas, especialmente ponderação de princípios.

Como visto, a positivação da teoria de Alexy passou a ser critério que deve ser (regra de caráter cogente/vinculante) observado pelo magistrado quando este vislumbrar colisão entre “normas” (segundo o texto legal, não se limitando à princípios) no âmbito do processo civil, bastando para tal, enunciar as razões, ou os motivos que utilizou-se para preferir uma regra sobre outra. Portanto, no Brasil os magistrados não podem utilizar-se de nenhuma outra teoria interpretativa em seus julgamentos, apenas a de Alexy. Daí surge a questão: por que ponderar é tão apreciado no Brasil? O Brasil, de fato, aplica a teoria de Alexy?

Para Streck fica evidenciado que a adaptação e inserção positivada da ponderação de Alexy ao processo civil brasileiro seria, na realidade, uma simplificação, ou mesmo, uma leitura equivocada e pobre da teoria proposta pelo autor alemão, com o evidente espreque de volvermos novamente à discricionariedade do juiz, visto que nem mesmo no âmbito do STF se chega à

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*

resultados semelhantes utilizando-se a mesma teoria no mesmo julgamento, salientando que até mesmo a terminologia empregada pelo legislador mostra-se equivocada, ao discorrer sobre colisão entre normas, e não entre princípios, não bastasse ainda há completa inexistência da comprovação, seja em números, seja em pesquisa, ou mesmo em julgados sobre a eficácia da agregação da teoria da ponderação em face de qualquer outra teoria interpretativa. Para piorar, o autor salienta que ponderar nunca foi um princípio, pelo simples fato de ser um procedimento interpretativo; nem mesmo na Alemanha há grande aceitabilidade da técnica interpretativa desenvolvida por Alexy; finalmente, corroborando a tese de que a ponderação à brasileira é uma discricionariedade transvestida, aproveitando-se de que o próprio Alexy, mediante procedimentos objetivos formulados, admite a discricionariedade interpretativa do Judiciário para atingir-se o resultado esperado²⁵.

Verifica-se que o Brasil, em decorrência de sua pobreza científica no estudo do Direito, em especial a má-formação transmitida pelas graduações jurídicas, estruturou-se uma geração de operadores inertes, cuja capacidade argumentativa e de construção de conhecimento é baixa, haja vista a educação promovida por meio de manuais e resumos, que nada mais são do que sínteses da prática jurídica de seus autores, transmitida como verdades universais. Nesse contexto de ensino meramente técnico, teorias mal compreendidas e pouco aprofundadas são tratadas como cânones e disseminadas como dogmas, pelo simples fato de terem sido criadas na Europa, em especial na Alemanha, conforme ocorrera com a teoria da ponderação de Alexy e sua aplicação “à brasileira”, gerando julgamentos controversos em decorrência de sua má compreensão, como no caso Ellwanger²⁶, porém com um objetivo aparente de

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. Técnica da ponderação no Novo CPC. Debate com o professor Lênio Streck. *Jornal Carta Forense*. São Paulo: Fev/2016.

²⁶ Ellwanger foi processado em 1991 pelo crime de racismo ao abordar conteúdo antissemita em livros. Após a absolvição em primeira instância, foi condenado pelo TJRS ao cumprimento de dois anos de reclusão. A defesa manejou *habeas corpus* no STJ contra a decisão, tendo sido denegado, sendo impetrado remédio constitucional ao STF: HC 82.424, no qual debateu-se sobre a colisão de dois direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão. Ocorre que tanto os votos vencedores quanto os votos vencidos, mediante aplicação da mesma teoria da ponderação de princípios de Alexy, encontraram resultados completamente distintos, demonstrando que no Brasil a utilização deste método hermenêutico culminou na “institucionalização” da discricionariedade, além da questão central desta pesquisa, a incompreensão de uma teoria interpretativa.

consolidar, mediante um argumento teórico-interpretativo, a discricionariedade judicial.

Parte relevante da doutrina e dos julgadores brasileiros, que discorre em artigos, livros e decisões judiciais sobre o pós-positivismo e a superação dos paradigmas kelsianos que refutam decisões amolduradas, quando observadas de perto, não consegue se distanciar do positivismo clássico. Percebe-se que há um estudo voltado a tentar compreender os princípios como postulados diferentes de regras, porém não há profundidade quanto à aplicação prática, culminando em uma concepção positivista da interpretação jurídica, no qual o julgador, à vista do caso prático, tem a liberdade de preencher a lacuna principiológica à sua maneira²⁷.

Por exemplo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, compreende princípios não como um espeque hermenêutico para uma decisão correta, mas como cláusulas gerais, as quais o julgador (Poder Judiciário em geral) possui o arbítrio de, em seu poder decisório finalista, escolher qual se aplica melhor ao caso concreto, por ser o detentor absoluto da interpretação²⁸:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário. Ativistas e não ativistas, todavia, não contestam o que se denomina supremacia judicial: o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis.

Seguindo a linha explicitada em seu curso de Direito Constitucional, o Ministro Barroso é coerente com seu entendimento pessoal de uma escolha

²⁷ DE MORAIS, Fausto Santos. **A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo/RS, p. 164.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 326.

interpretativa privativa do Judiciário, ao discorrer no voto da Ação Penal 937, de 03/05/2018, que tratou sobre a alteração da jurisprudência do STF sobre o foro privilegiado²⁹:

Estou convencido, Presidente, de que esta é a melhor interpretação da Constituição. É a melhor para o Supremo Tribunal Federal. É a melhor interpretação para a sociedade brasileira. E sempre que é possível interpretar a Constituição de modo a atender os anseios da sociedade, se isso for compatível, e sobretudo se esta for a interpretação mais adequada da Constituição, não há por que hesitar em escolher este caminho.

Vejamos que fica claro, na fala do Ministro, que sempre que possível, deve-se interpretar de modo a atender os anseios da sociedade, se compatível à Constituição. Mas qual sociedade? Aparentemente não houve consulta pública sobre a posição que o SFT tomou nessa votação, o que seria plenamente aplicável se se aplicasse a teoria da sociedade aberta de intérpretes³⁰ como método hermenêutico, não obstante, não ser esse o caso, demonstra, de fato, um argumento voltado mais para a própria consciência do julgador.

Assim como explicitado no voto acima, o contexto jurisprudencial pátrio é extenso na aplicação indiscriminada de votos com base na autoridade final do julgador como intérprete da norma (assim como afirma por Barroso), amparada em um decisionismo transvestido de “proporcionalidade”, tais como: STF – ADI 855-2, HC 95351, RE 244.1558-9, REO 582.352.-1; STJ – AgRg-EDcl-REsp 929.847, REsp 521.157, REsp 948.944; EDcl-MS 11.833; também em Tribunais Regionais, como o TRF4 – AC 2006.71.04.008327-0, AI 2008.04.00.028369-0. Portanto, nota-se que até existe construções doutrinárias do desenvolvimento de novos modelos interpretativos, da superação do positivismo/moldura kelsiana,

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 937. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03/05/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 25/07/2020.

³⁰ HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

porém, na prática, o que se observa é que a adesão à “ponderação à brasileira” mostra-se uma concepção panprincipiológica³¹, a fim de legitimar o clássico decisionismo judicial.

2.3 DECISIONISMO JUDICIAL: O DESCONHECIMENTO METODOLÓGICO E INTERPRETATIVO

Da análise dos referenciais trazidos neste trabalho, fica evidenciado que houve uma adaptação da teoria de ponderação de princípios de Alexy, sendo que o objetivo desta escrita não é discorrer sobre a eficácia na prática deste método hermenêutico, mas sim problematizar o grave problema do Poder Judiciário brasileiro, que está se escorando em interpretações distantes dos conceitos originais, para se criar uma adaptação brasileira de estudos estrangeiros mal compreendidos, gerando resultados temerários, com tendências decisionistas. Nessa seara, apesar do combalido cenário científico do Direito no Brasil, dois autores se destacam no embate de ideias sobre esse tema do abuso das questões principiológica e da ponderação: Marcelo Neves e Virgílio Afonso da Silva.

Marcelo Neves³² discorre sobre a situação da questão principiológica e o sopesamento destes princípios pela justiça brasileira, verificando que desde o presente século é praticamente unânime a apreciação e importação destes temas de forma completamente acrítica, mal interpretada, e principalmente, banalizadora do modelo principiológico criada por autores de outros países, como uma alternativa para tratar todos os problemas jurídicos levados aos juízes, de modo que as regras, mesmo claramente aplicáveis aos casos em comento, são afastadas em prol de interesses escusos. Em sua obra “Entre

³¹ Expressão difundida por Lênio Luiz Streck, que descreve o fenômeno brasileiro da propagação e produção de princípios sem qualquer fundamento jurídico/legal/normativo, com o fim de embasar decisões judiciais “pela própria consciência”, também encontrada no texto “Técnica da ponderação no Novo CPC”, acima citado.

³² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do Sistema Jurídico**. 2º ed. São Paulo: WMF – Martins Fontes, 2014.

Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais” o autor, utilizando-se da história mitológica e fazendo referência ao clássico juiz ideal de Dworkin, busca desconstruir a narrativa do autor americano, que idealizou a figura do “juiz Hércules”, como alguém que conseguiria através de seu trabalho sobre-humano, encontrar a resposta correta aos casos difíceis, mediante aplicação do princípio adequado.

Há no texto a figura do “juiz lolau”, que faz referência à referida mitologia grega, apontando porém à lolau, sobrinho de Hércules, que era responsável por cauterizar as feridas de Hidra, depois que seu tio Hércules cortara suas cabeças, a fim de que com essa cauterização, novas cabeças não mais nascessem. Segundo o autor, essa metáfora serve para formatar lolau como o “juiz ideal”, sendo a Hidra e suas cabeças os múltiplos princípios que, tenazmente, acediam o julgador, devendo haver uma cauterização após as decapitações dos princípios, para que o “assédio” principiológico morra e seja possível se encontrar a regra aplicável ao caso.³³

O autor³⁴ revisita a teoria de Dworkin, e o debate principiológico dali desencadeado, inclusive por Alexy, fazendo uma crítica dessas teorias e de sua mal compreensão pelos julgadores brasileiro, compreendendo que os princípios não são o encerramento da argumentação, como fazia o juiz Hércules, ao procurar o princípio adequado para encontrar a resposta correta, ou mesmo os teóricos do sopesamento, que buscam na colisão entre princípios, a partir de “ponderação otimizante”, que é distante de fatores comparativos, a melhor resposta, mas de fato as respostas estariam nas regras, sendo os princípios fontes de melhor compreensão e elucidação destas.

Em contraponto, Virgílio Afonso da Silva prossegue o debate em artigo posterior³⁵ ao livro de Marcelo Neves, fazendo referência às críticas de Neves

³³ NEVES, Marcelo. *Ibid*, p.16.

³⁴ NEVES, Marcelo. Entrevista in *Crítica Constitucional*, 11 de abril de 2013, disponível em <<http://www.criticaconstitucional.com/entrevista-marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>>, último acesso em 22/02/2019.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal precisa de Lolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. V. 02, nº 01, jan/abr 2016, p.: 96-118.

aos seus argumentos³⁶ e também às teses trazidas no livro “Entre Hidra e Hércules”, expondo a importância do debate iniciado entre ambos, após a publicação do artigo “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, sugerindo que Neves, apesar de embasada crítica e distante do senso comum científico local, não consegue desconstruir a importância da existência de uma teoria principiológica e da possibilidade de sopesamento em território brasileiro. O autor problematiza a questão da recepção da teoria de Alexy, a despeito de o próprio alemão ter declarado tratar-se de teoria voltada à realidade e à constitucionalidade da Alemanha, dizendo que a despeito disso, Alexy também teria expressado que é válido a interpretação de sua teoria à título comparado, para desempenhar avanço na interpretação de direitos fundamentais e suas colisões em constituições locais.

Portanto, dentre os vários pontos de discordância que são debatidos ao longo do texto, o autor nega que seja inviável transnacionalizar a teoria dos princípios, bem como do sopesamento de Alexy, criticando ainda a questão levantada por Neves sobre a inviabilidade de uma “ponderação otimizante”, ao sugerir apenas uma “ponderação comparativa”, visto que compreende que Alexy é claro, apesar de não compreendido pela maioria dos julgadores nacionais, ao dizer que é questão necessária na ponderação otimizante, levar-se em consideração todos os fatores sociais envolvidos, inclusive aqueles distantes dos direitos subjetivos da questão debatida. Para Silva, Marcelo Neves faz confusão entre a teoria dos princípios e do sopesamento de Alexy, com a prática dos tribunais brasileiros que desconhecem as nuances da escrita do autor alemão, e acabaram criando uma adaptação completamente desprovida de lastro hermenêutico³⁷.

Os autores mantêm suas claras divergências evidenciadas em suas escritas, porém há um ponto em consenso que é prudente ser levantado ao final

³⁶ Virgílio Afonso da Silva, que foi orientado em sua tese de doutorado pelo próprio Robert Alexy, filia-se aos estudos originados pelo autor alemão, inclusive à teoria da ponderação como meio eficaz de melhor elucidação de situações aonde haja conflito entre direitos fundamentais, o que pode ser observado em sua escrita. Este é o objeto de crítica de Marcelo Neves, com mais afinco na obra “Entre Hidra e Hércules”, em especial no tocante à possível discricionariedade do juiz quando relativiza os chamados “mandados de otimização” no momento da tomada de decisão.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Ibid, p.101.

desse artigo: há uma prática vulgar da questão principiológica e da ponderação pelas cortes brasileiras, fruto de uma má formação de juristas e pela frágil capacidade interpretativa e compreensiva de importantes teorias da interpretação e argumentação jurídica, em especial a teoria da ponderação/sopesamento de princípios de Robert Alexy, culminando em um cenário nebuloso da jurisprudência nacional, que ao final, tem levado à cabo a legitimação de um decisionismo institucionalizado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se no presente trabalho que o novo código de processo civil, seguindo uma linha há muito trilhada pela jurisprudência dominante, em especial pelo Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas, positivou a teoria da ponderação como um norte a ser seguido pelos magistrados quando se depararem, segundo palavras do legislador, com a colisão de regras no caso concreto.

Porém, antes de se adentrar no tema e na adaptação da teoria de Alexy e sua recepção no Brasil, a escrita buscou problematizar a origem do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo como uma necessária reformulação do Direito e da interpretação constitucional normativa no pós-guerra, emergindo o debate entre procedimentalistas e substancialistas, que culminou por disseminar a existência de normas não somente como regras positivadas, mas também como princípios que coordenam o Direito e sua aplicação, trazendo a questão constitucional ao centro do debate e emergindo teorias que buscassem extrair a melhor adequação do novo contexto de Estado Democrático de Direito às decisões jurídicas.

Daí, partindo de construções teóricas de Dworkin, criador da teoria dos princípios, e da teoria da ação comunicativa de Habermas, Alexy formula sua teoria de princípios e a técnica da ponderação, ou sopesamento destes, que passam a ser considerados, em Alexy, mandados de otimização. Apesar de

discorrer sobre esse4 s temas ainda no século passado, nas últimas décadas essa teoria ganhou enorme presença em território nacional, principalmente mediante utilização na jurisprudência do STF, o que gerou o início do debate tratado neste artigo: seria a adaptação brasileira da teoria dos princípios e sopesamento de Alexy fiel à escrita do autor?

A conclusão que se chega, em especial após leitura dos escritos de Marcelo Neves e Virgílio Afonso da Silva sobre a temática é que a admiração desta modalidade semântica do autor alemão tem, de fato, apenas uma aparência de acolhimento dessa teoria, pois a prática evidencia que, nem de longe, é aplicada em território nacional conforme consta em sua origem, e muito dessa má aplicação encontra abrigo na frágil formação jurídica realizada em território nacional, que cria operadores do Direito distantes da realidade científica, acríticos, incapazes de discernir uma teoria de outra, realizando sincretismos inadmissíveis, recebendo como dogmas as más interpretações feitas por alguns escritores e, culminando, em adaptar-se a teoria da ponderação com um único fim, legitimar-se a discricionariedade amparada em um suposto fundamento relevante.

Percebe-se que há no Direito pátrio alguma produção que busca distanciar-se do positivismo jurídico, porém a transição desse modelo para um paradigma pós-positivista ou neoconstitucionalista permanece inócua, na prática diária. A própria Constituição da República dá ao Judiciário poder interpretativo final às normas constitucionais, o que não é sequer questionado pela doutrina majoritária, lembrando que vivenciamos um Estado Democrático de Direito, aonde vozes dissonantes, das mais variadas posições e dos mais variados contextos, deveriam ter condições de dialogar com as instituições de poder, ou mesmo ter o direito de expressar sua interpretação sobre normas constitucionais.

O modelo científico brasileiro, que tem apressado por exaltar aquilo que está posto, e apresenta enorme dificuldade em questionar alguns “dogmas”, como o enorme poder concentrado sobre o Judiciário, não contribui para o combate ao decisionismo. Portanto, o debate neoconstitucionalista mostra-se ineficaz, pois não ter força para enfrentar um dos principais problemas trazidos pela nova

crítica do Direito: a restrição interpretativa do texto constitucional. A discricionariedade judicial transvestida de ponderação, como única voz válida de interpretação das normas, fragiliza o Estado Democrático de Direito, posto que a hermenêutica perde completamente o sentido de existir nesse contexto fechado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.131

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional**, v.1, nº 07, p.17-30, jan/jun 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 937. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03/05/2018. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>
>. Acesso em: 25/07/2020.

DE MORAIS, Fausto Santos. **A proporcionalidade como princípio epocal do Direito**: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo/RS.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Frederico Barbosa. Será a súmula vinculante solução para os problemas do Poder Judiciário? Uma análise pragmática do instituto. In: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, v.16. Belo Horizonte: 2010.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. "Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"." **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, nº 57, 2006. p.: 23-44.