

A POSSIBILIDADE DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)

THE POSSIBILITY OF WEIGHTING IN THE COLLISION OF RULES: A SYSTEMATIC ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 489, § 2º, OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Beclaute Oliveira Silva¹

Gabriel Ivo²

Gustavo Henrique Brocardo Körner³

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) tem a legalidade como expressão de várias garantias, como, por exemplo, a igualdade e a segurança jurídica. A aplicação do direito pelo Poder Judiciário deve refletir estas garantias. Para tanto, o Código de Processo Civil (CPC) estipulou regras para regular o modo de aplicação do direito no caso concreto. Um desses dispositivos é o art. 489, § 2º – que estipula como o magistrado deve se portar diante de uma situação que envolva a colisão de normas e traz a ponderação como técnica de aplicação. Esta opção legal é posta sob análise no presente artigo, de modo que se pretende verificar se a solução veiculada pelo Código de Processo Civil (CPC) é compatível com o sistema constitucional pátrio. Assim, valer-se-á do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica complementar com o intuito de, depois de um breve histórico acerca do processualismo, retratar as diversas fases da ciência processual e focar no ciclo contemporâneo, denominado por alguns de neoprocessualismo. Posteriormente, no capítulo 3, far-se-á a exposição das diferenças entre as regras e os princípios. Por fim, no capítulo 4, será verificado que, dado o compromisso dirigente da Constituição Federal, tal como a existência dos direitos

¹ **Qualificação:** Doutor em Teoria do Geral do Direito e Decisão Jurídica pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor Associado da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL); **e-mail:** beclaute@uol.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2567266014708590>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6394-5891>; **vinculação:** UFAL (AL)

² **Qualificação:** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Professor Associado da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL); **e-mail:** gabriel.ivo@uol.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7942367062255400>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9619-1811>; **vinculação:** UFAL (AL)

³ **Qualificação:** Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Servidor Público da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (DPE/SC); **e-mail:** gustavohbkorner@gmail.com; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8781335415142699>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2396-9223>; **vinculação:** ABDConst. (PR)

fundamentais, o dispositivo legal supramencionado fere gravemente o princípio da segurança jurídica e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Fases processuais; Ponderação; Normas; Fundamentação da decisão judicial; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88) has legality as an expression of various guarantees, such as equality and legal certainty. The application of the law by the Judiciary must reflect these guarantees. To this end, the Code of Civil Procedure (CPC) has stipulated rules to regulate how the law is applied in a specific case. One of these provisions is art. 489, § 2 – which stipulates how the magistrate should behave in a situation involving a collision of norms and brings in weighting as an application technique. This legal option will be analyzed in this article, with the aim of verifying whether the solution provided by the Code of Civil Procedure (CPC) is compatible with the country's constitutional system. Thus, the deductive method and complementary bibliographical research will be used in order to, after a brief history of proceduralism, portray the various phases of procedural science and focus on the contemporary cycle referred to by some as neo-processualism. Later, in chapter 3, the differences between rules and principles will be explained and, finally, in chapter 4, it will be verified that, in view of the Federal Constitution's guiding commitment, such as the existence of fundamental rights, the aforementioned legal provision seriously violates the principle of legal certainty and the duty to give reasons for judicial decisions.

Key-words: Procedural phases; Weighting; Standards; Justification of judicial decisions; Unconstitutionality.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES CONSIDERAÇÕES E HISTÓRICO DO PROCESSUALISMO; 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS; 4. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC); 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Uma das finalidades da lei, no Estado Democrático de Direito, é a garantia da igualdade. Como consequência deste compromisso, surgiram imposições de metas e deveres para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme dispõe o art. 3º, inc. I da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

A promoção dos direitos fundamentais também corroborou tal objetivo e consolidou, não apenas a função de garantia das posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, como também a efetiva proteção a tais direitos.

Exemplo cristalino disso foi o princípio da segurança jurídica – que mesmo contido

na implicitude dos textos, perpassa todo o sistema normativo imprimindo fortemente sua carga semântica e se efetivando “pela atuação de outros princípios, como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição [...]” (CARVALHO, 2018, p. 286).

Com efeito, trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito e meio de garantia para a estabilidade nas relações, especialmente no momento da aplicação/incidência das normas jurídicas, pelos órgãos do Poder Judiciário, na solução dos casos concretos.

Outro exemplo foi o dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas, que caracteriza a necessidade de expor de modo transparente e racional as razões dos atos decisórios veiculados pelo aparato estatal, compondo a sua estrutura “ora no antecedente, ora no consequente, como se dará com a fundamentação da decisão (sentença) judicial” (SILVA, 2007, p. 85).

No entanto, ao se analisar o disposto no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC) – que estabelece, entre outros pontos, o dever de o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação em caso de colisão entre “normas” – é possível perceber alguma tensão entre o aludido dispositivo e a garantia fundamental da segurança jurídica e do devido processo legal.

Para analisar esta possível tensão, o presente estudo pretende lançar mão de pesquisa de caráter bibliográfica que enfrente as diferenças entre as regras e os princípios, no intuito de verificar a (in)constitucionalidade do mencionado dispositivo.

No problema de pesquisa, questiona-se: sob uma ótica sistemática, pode-se dizer que a possibilidade de ponderar normas pelo juiz é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)?

Assim, no Capítulo 2 serão feitas breves considerações e um histórico acerca do processualismo, de modo a retratar as características da primeira fase até o que se convencionou denominar, por parte da doutrina, de neoprocessualismo – corrente muito presente em várias abordagens do vigente Código de Processo Civil (CPC) e que enfatiza uma releitura constitucional deste ramo do direito, buscando outorgar-lhe uma ideia de

agilidade, eficiência e efetividade na prestação jurisdicional.

Em seguida, no Capítulo 3, serão expostas as diferenças entre as regras e os princípios, com o enfoque na técnica da ponderação de Robert Alexy.

Ao final, no Capítulo 4, far-se-á uma análise da eventual incompatibilidade entre as garantias constitucionais do processo e o disposto no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC).

Sem a pretensão de abarcar todas as possibilidades de análise, neste artigo foi inserida a estrutura de raciocínio dedutivo e o método da pesquisa bibliográfica complementar ao tema central, como a análise de obras, doutrinas e artigos jurídicos para a confecção da presente pesquisa, de modo a permitir uma resposta coerente à pergunta acima formulada.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES E HISTÓRICO DO PROCESSUALISMO

Inicialmente, faz-se necessário enfatizar que o Direito Processual Civil regulamenta diversos aspectos de uma das três funções tradicionais do Estado, *i.e.*, a jurisdicional. Esta função, com efeito, é a expressão da própria soberania, tem como um dos sujeitos da relação jurídica o Estado (enquanto órgão jurisdicional imparcial e que, em sua atuação, detém o poder de subordinar os jurisdicionados às suas decisões) e é exercida em nome da coletividade para a pacificação dos conflitos, resguardo da ordem jurídica e segurança das relações sociais (DIDIER JÚNIOR, 2022, p. 46).

De acordo com a lição de Vilanova (2015, p. 151): “[...] o sujeito de direito reveste-se do direito de capacidade processual, que advém como efeito da incidência de norma processual e; do mesmo modo, o passivo investe-se de capacidade processual para se opor”. Dessa maneira, como um e outro se dirigem ao Estado-juiz, as relações lineares perfazem a angularidade da relação jurídico-processual reunidas em um ponto (constituindo a relação) – para que aquele realize a prestação da tutela jurisdicional e faça valer as suas decisões (VILANOVA, 2015, p. 151).

No tocante à própria definição de Direito Processual Civil, a doutrina não possui um consenso geral. Greco Filho (2009, p. 66) expõe que consiste no “conjunto sistemático de

regras e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo, em face de uma pretensão civil”.

Alvim (2019, RB-1.1), por sua vez, entende que versa sobre um “sistema que regula o funcionamento da jurisdição civil, tendo em vista o exercício do direito de ação e o direito de defesa”. Já Bueno (2016, p. 40) alega que o Poder Judiciário (Estado-juiz) atua com o fim de “exercer a sua atividade-fim, ou seja, prestar a tutela jurisdicional a partir do conflito de interesse (potencial ou já existente) que exista entre duas ou mais pessoas”.

Entre todas as formulações, pode-se inferir que as definições se correlacionam diretamente com o modo de exercer a função jurisdicional.

Ultrapassados tais pontos, é importante efetuar um breve histórico acerca do Direito Processual Civil.

Longe de haver unanimidade, parcela da doutrina classifica a evolução histórica do Direito Processual em quatro fases, quais sejam: 1- Sincretismo/Civilismo/Imanentismo/Praxismo; 2- Processualismo/Autonomismo/Fase Científica; 3- Instrumentalismo/Fase do Acesso à Justiça e; 4- Neoprocessualismo.

A primeira fase vigorou desde o Direito Romano até o século XIX. Durante todos esses séculos, não se concebeu a autonomia didático-científica do Direito Processual Civil, de modo que este era visto de uma forma entrelaçada, imanente e inerente ao direito material, bem como o estudo do processo era realizado pela prática forense (daí a designação praxismo) (LAMY; RODRIGUES, 2010, p. 54).

As maiores críticas para esta fase dirigiam-se à ausência de autonomia do Direito Processual Civil, até porque existiam sucessões de atos decorrentes da emanção do próprio direito material (MITIDIÉRO, 2019, p. 32). Era comum, ainda, o processo ser visto como um mero procedimento, do qual se estudavam apenas os seus aspectos práticos, sem muitas preocupações científicas (MITIDIÉRO, 2019, p. 32).

Como marco inicial da segunda fase, considera-se a publicação da obra “Teoria das Exceções Processuais e Pressupostos Processuais” (*Die Lehre von den Processereden und die Processvoraussetzungen*), em 1868, por Oskar Von Bülow. Foi por intermédio desta obra

que se vislumbrou o processo como uma relação jurídica autônoma – precisamente, uma relação jurídica triangular (formada pelas partes e pelo Estado-Juiz) (BUENO, 2008, p. 41).

Conforme ensina Nery Júnior (2013, p. 203), desenvolveu-se a percepção de que o processo não era simplesmente um meio de solucionar conflitos, mas uma relação jurídica autônoma e complexa, “composta por uma tríplice relação entre as partes e o Estado-Juiz, que se desenvolveu em etapas, com a presença de pressupostos processuais e exceções processuais”. Por intermédio desta fase, os direitos material e processual passaram a ser estudados como ciências e institutos autônomos (com o método e objeto próprios).

No entanto, ao tempo que ocorreu o aludido aprimoramento, a disciplina tornou-se extremamente formalista: se na primeira fase metodológica o problema era não ver o processo de forma autônoma do direito material, o processualismo acabou isolando demasiadamente o processo dos seus fins (MITIDIERO, 2019, p. 34).

Posteriormente, na terceira fase – consagrada após a 2ª Guerra Mundial – não se buscou negar a fase anterior, mas sim promover uma reaproximação do direito material com o direito processual. À vista disso, mantendo a autonomia didático-científica (ainda vista como uma relação jurídica triangular), o último foi concebido como um instrumento para a realização do primeiro, trazendo uma relação circular e complementar para os objetivos eleitos (DINAMARCO, 2003, p. 182).

Como representativo dessa fase, tem-se a obra “Acesso à justiça: o movimento mundial para tornar os direitos efetivos” (*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 49), de Mauro Cappelletti e Bryant Garth – obra em que os autores analisaram as deficiências de alguns sistemas jurídicos do Ocidente e propuseram uma reformulação do processo a fim de garantir a universalização da tutela jurisdicional por meio da adoção de três ondas renovadoras: *a)* Luta pela assistência judiciária (justiça aos pobres); *b)* Representação dos interesses difusos (coletivização do processo) e; *c)* Novo enfoque de acesso à justiça (efetividade do processo) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Sobre esta primeira onda, com a finalidade de afastar as limitações econômica, educacional e cultural ao acesso à justiça, foram desenvolvidas as hipóteses de gratuidade de justiça, bem como os incentivos à assistência jurídica às pessoas pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-49).

Exemplos no Brasil que se concretizaram e demonstraram a preocupação com o acesso à justiça foi a criação da Lei nº 1.060/1950 (BRASIL, 1950) (que estabeleceu normas para gratuidade de justiça aos necessitados) e o reforço paulatino da Defensoria Pública (instituição destinada a prestar assistência jurídica aos necessitados), mormente pelas Emendas Constitucionais nº 45 (BRASIL, 2004), 69 (BRASIL, 2012), nº 74 (BRASIL, 2013) e nº 80 (BRASIL, 2014).

Acerca da segunda onda, com o intuito de evitar que os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais se tornassem massificados e abrangentes, constatou-se que os critérios de legitimidade do processo civil clássico e as regras da coisa julgada eram insuficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-67), dada a incompatibilidade com os conflitos de massa e a tutela dos direitos de titularidade indeterminada voltados somente ao processo de partes individualizadas (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 36).

Para sanar tais entraves, foram elaborados ao longo do tempo os conceitos de legitimidade extraordinária (art. 18 do Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015), as regras diferenciadas de coisa julgada (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1990), a sistemática de provimento vinculante e as hipóteses de ampliação dos efeitos das decisões judiciais (recursos repetitivos, Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, entre outros).

Outro exemplo também concretizado no Brasil dá-se com o microsistema da tutela coletiva formada, em seu núcleo duro, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) (BRASIL, 1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.072/90) (BRASIL, 1990), além de diversas outras leis, como: Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) (BRASIL, 1965); Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) (BRASIL, 1981); Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) (BRASIL, 2015); Estatuto da Criança

e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) (BRASIL, 1990); Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/92) (BRASIL, 1992); Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/03) (BRASIL, 2003); Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) (BRASIL, 2009)⁴; Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) (BRASIL, 2013) e Lei do Mandado de Injunção (Lei nº 13.300/16) (BRASIL, 2016).

Como afirma Camacho e Costa (2013, p. 279): esta segunda onda se relacionou com a compreensão do direito processual sob as lentes de uma tutela de interesses transindividuais (ou difusos, coletivos e transindividuais homogêneos, como o Código de Defesa do Consumidor determina) e tentou superar o organograma individualista e formalista anteriormente formado (que enfrentava a dificuldade de conciliar os anseios constitucionais da celeridade e efetividade em oposição aos inúmeros processos que surgiam anualmente no Judiciário).

Com relação à terceira onda, foi buscado o alcance de mecanismos procedimentais tornados exequíveis (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-73).

Alguns exemplos de sua concretização no Brasil foram a adaptação do procedimento ao tipo de litígio (Juizados Especiais) e a tentativa de se evitar o litígio e/ou facilitar a sua solução com mecanismos privados ou informais (mediação, conciliação e arbitragem).

Por fim, no tocante à quarta fase, teve-se por objetivo, além de manter a noção alcançada pela fase anterior (concepção de que o processo é um instrumento para se efetivar o Direito Material), acrescentar em seu estudo todos os avanços operados pelo neoconstitucionalismo no tecido processual (MITIDIERO, 2005, p. 19).

Sucintamente, explica-se este último.

⁴ Por oportuno, registra-se que o Mandado de Segurança possui previsão no Brasil desde 1934, de modo que a Lei 12.016/2009 é a terceira lei que regulamentou o instituto no ordenamento jurídico. A primeira previsão surgiu no art. 113, nº 33, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil/1934 (com a regulamentação do instituto pela Lei nº 191/1936); a segunda previsão surgiu no art. 141, § 24, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1946 (com a regulamentação pela Lei nº 1.533/1951 e alterações posteriores pela Lei nº 4.348/1964); a terceira previsão surgiu com o art. 150, § 21, da Constituição da República Federativa do Brasil/1967; a quarta previsão surgiu com art. 5º, inc. LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (com a regulamentação pela Lei nº 12.016/2009).

No plano teórico do final do século XX, duas grandes transformações alteraram o conhecimento convencional relativo à aplicação do direito constitucional: *a)* Expansão da jurisdição constitucional com a promoção de um rol exemplificativo de direitos na Constituição e; *b)* Desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como consequência dessas transformações, foi possível evidenciar que, além de vários institutos (que anteriormente não eram previstos) que passaram a arrolar a Constituição da República Federativa do Brasil – constitucionalização de inclusão (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 44) – ocorreu uma reinterpretação de todos os ramos do Direito pelas regras e princípios constitucionais – constitucionalização de releitura (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 44).

Silva (2016, p. 42-43), a propósito, observa que essa “nova concepção da Constituição” trouxe uma mudança significativa na forma como o Direito era entendido e aplicado, porquanto “todas as normas jurídicas, inclusive aquelas dos ramos do Direito Civil, Penal e Trabalhista, passaram a ser interpretadas a partir dos princípios constitucionais”.

Didier Júnior (2016, p. 36-57) elenca nove mudanças essenciais para a compreensão da matéria, sendo seis mudanças relacionadas com a Teoria Geral do Direito (três relacionadas à teoria das fontes e três referentes à teoria da hermenêutica) e três focadas na relação entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional.

Na fase do neoprocessualismo, o processo recebeu os avanços do denominado neoconstitucionalismo, que não foi mais visto como uma mera técnica, mas como um fenômeno cultural, com a finalidade principal de se voltar à concretização da justiça material (e não mais à mera realização do direito material).

Por oportuno, é também de se registrar neste momento a existência de autores que defendem que a (atual) fase do neoprocessualismo é uma extensão da terceira fase.

Como Oliveira (2019, p. 19-47) pontua: para se superar um paradigma ou se estabelecer um novo “estado da arte” na ciência, não basta o festejo de novas fórmulas ou a afirmação da “derrocada” do padrão vigente; é preciso superá-lo, demarcar-se com clareza

a ruptura e se rejeitar a essência dos valores. E segundo este autor, os neoprocessualistas seguem fielmente as pegadas da trilha há muito aberta pelos autores anteriores.

Madureira e Zaneti Júnior (2017, p. 85-125), por outro lado, argumentam que a terminologia adequada à atual fase deveria ser a de Formalismo-Valorativo – construção teórica concebida no seio da escola processual gaúcha, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Isso porque a afirmação de neoprocessualismo traz uma expressão inadequada para designar uma fase metodológica que, semanticamente, é incapaz de defini-la.

Em linhas gerais, o Código de Processo Civil (CPC) vigente estabelece a ideia da agilidade e eficiência, tudo com o propósito de tornar efetivo o acesso à justiça aos jurisdicionados e evitar a separação das atividades processuais em fases estanques, buscando o modelo de procedimento único e sem a ordinarização (excesso de burocracia e formalismo nos atos processuais, entre outros aspectos típicos do processo civil clássico).

Os direitos fundamentais ganharam especial enfoque no processo civil a fim de possibilitar o diálogo das partes e a busca da melhor solução para o conflito (CAMBI; NEVES, 2015, p. 253).

Logo, partindo-se da ideia de estar se valendo de um modelo mais atual e condizente com as necessidades do mundo contemporâneo, a técnica da ponderação passou a ser vista como um dos principais instrumentos ao ordenamento jurídico – em especial para permitir ao juiz a adaptação aos desafios cada vez mais complexos e que envolvem valores e princípios conflitantes (ASSIS, 2017, p. 414).

Ávila (2009, p. 2) ensina que:

[...] É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”. Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de

regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei [...].

Em que pese a influência do neoprocessualismo (e, por consequente, da ponderação), o art. 489 do Código de Processo Civil (CPC), a despeito de trazer a observância da fundamentação pelos magistrados nas decisões judiciais (§ 1º), impôs o dever de justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação no caso de colisão entre “normas” (§ 2º).

Por óbvio, embora prevaleça o entendimento de que as normas são um gênero do qual são espécies regras e princípios, tal enunciado é amplo porque diz respeito à ponderação no caso de colisão de (repita-se) “normas”.

A esta primeira aceção passa-se a dar atenção daqui em diante.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme mencionado, sob a influência do neoconstitucionalismo ocorreu uma expansão da jurisdição constitucional (com a promoção de um rol exemplificativo de direitos na Constituição) e deu-se o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como consequência, foi possível evidenciar a presença de vários institutos (que anteriormente não eram previstos) na Constituição da República Federativa do Brasil (constitucionalização de inclusão), bem como reinterpretar todos os ramos do Direito pelas regras e princípios constitucionais (constitucionalização de releitura).

Barroso e Barcellos (2003, p. 336) explicam que esta última consiste numa designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre os valores, os princípios, as regras e a teoria dos direitos fundamentais – aspectos edificados com base no fundamento da dignidade humana.

Desse modo, com a finalidade de complementar a compreensão da nova dogmática da interpretação e os seus reflexos para os ramos do Direito Processual Civil, impõe-se registrar a diferença entre regras e princípios:

Barcellos e Barroso (2003, p. 33-34) reafirmam que são espécies de normas e que as regras, normalmente, são “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”, ao passo que os princípios “não especificam a conduta a ser seguida, pois se aplicam a um conjunto amplo (por muitas vezes, indeterminado) de situações”.

Para Ávila (2021, p. 166), são espécies normativas, nas quais as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência. Os princípios, entretanto, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se requer uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ainda na esteira de diferenciação, este autor apresenta os postulados. Estes seriam uma terceira espécie normativa, que orientam a aplicação de outras e que podem se subdividir em hermenêuticos e normativos. Os hermenêuticos são definidos como meios destinados à compreensão em geral do direito – como o postulado da unidade do ordenamento jurídico e o seu subelemento: postulado da coerência. Já os normativos são imediatamente metódicos e estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios (ÁVILA, 2014, p. 163-164).

Para Canotilho (2003, p. 1.160), as regras e os princípios são normas jurídicas. No entanto, ao mesmo tempo, vários critérios sugerem o *discrîmen*, entre eles:

- 1) Grau de Abstração: Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- 2) Grau de Determinabilidade na Aplicação do Caso Concreto: Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- 3) Caráter de Fundamentalidade no Sistema das Fontes de Direito: Os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.:

princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

4) Proximidade da Ideia do Direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia do direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

5) Natureza Normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Das lições de Espíndola (2002, p. 53) extrai-se a ideia de que os dois são normas jurídicas, porém um princípio designa a “estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias derivam”.

Outras concepções que possuem grande influência na doutrina contemporânea são as de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Sem adentrar em todos os meandros do complexo debate que envolve suas teorias e polêmicas, Dworkin, na obra **Levando os Direitos a Sério** (*Taking Rights Seriously*), conceituou as regras como proposições que, uma vez estabelecidas seus pressupostos e suas condições, teriam um resultado: ou a regra é válida (e se deveria seguir todas as suas consequências) ou ela seria inválida (e não teria aplicação para o caso) (DWORKIN, 2002, p. 39).

Assim, não sobraria ao aplicador da regra uma oportunidade para negociar ou ponderar com o caso concreto, porquanto já estariam dispostos todos os seus pressupostos e as suas condições de aplicação, bem como todas as exceções já estariam enumeradas. Seguiriam o “modelo do tudo ou nada” e só existiria aquela norma definitiva para aquele caso (GUIMARÃES, 2015, s. p.).

Bastaria, então, somente perguntar se a regra é válida ou não e, sendo válida, aplicá-la à sua consequência. Daí se dizer que Dworkin situa as regras na dimensão de validade.

Os princípios, por sua vez, foram concebidos como “proposições que descrevem direitos”, muito embora sejam derivados do campo da moral como *standards* ou padrões de valores socialmente consagrados numa comunidade (DWORKIN, 2002, p. 82-90). Neste

caso, não existe uma inserção no âmbito da dimensão de validade, mas de peso. Como apresentam razões não condicionais e se trata de proposições que afirmam direitos, a aplicação do aludido princípio deve ocorrer de acordo com o caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 36-46 e 82-90).

Portanto, como tais, ainda que no caso de conflito, os princípios podem conviver com outros, de modo a apenas resultar numa situação de preferência de um a outro – diferentemente das regras que, conforme supramencionado, não toleram a existência de outra que se lhes contraponha (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Alexy, por seu turno, ao desenvolver a obra **Teoria dos Direitos Fundamentais** (*Theorie der Grundrechte*), orientou a diferença entre regras e princípios por intermédio do reconhecimento de elementos axiológicos no texto constitucional alemão. Isso porque, ao assumir a tese (professada no Tribunal Constitucional Alemão) de que a Constituição seria uma ordem concreta de valores, entende que a ponderação realizada por este Tribunal era irracional, porém passível de racionalidade pela Teoria que ele propôs (ALEXY, 2008, p. 158).

Com o objetivo de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondiam atrás das codificações e da jurisprudência alemã, defendeu que muitos direitos possuem caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem, sendo necessária uma ponderação (chamada também de sopesamento ou de relação de precedência com base nas circunstâncias do caso concreto) em favor de um deles (ALEXY, 2008, p. 117).

Alexy afirma que a diferença entre as regras e princípios é categorial e estrutural, de maneira que a estrutura de uma norma a distinguirá qualitativamente como regra ou como princípio, pouco importando a sua generalidade ou abstração (ALEXY, 2008, p. 87-116).

Segundo a sua teoria, as regras são mandamentos definitivos formulados para exigir um cumprimento pleno (satisfeitas ou não satisfeitas), já que oferecem ao aplicador apenas uma possibilidade (todas as demais foram devidamente excluídas pelo Direito). Já os princípios são classificados como mandamentos de otimização e ordenam a realização de

algo na maior medida possível e dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (caráter *prima facie*) (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Dito isso, para a aplicação (subsunção) de uma regra, ainda que sempre seja necessário interpretar os enunciados legais, supõe-se que as propriedades já estão definidas *ex ante* (por exemplo, uma regra que proíbe a entrada de animais no parque não pode ser cumprida de modo otimizado: ou é cumprida totalmente ou não é) (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Para a aplicação dos princípios, porém, entende que, nos casos de colisão entre eles, um terá de ceder (não ocorrendo a sua invalidez) e ocorrerá uma ponderação sob determinadas condições. A resposta obtida dessa ponderação resultará na obtenção de uma norma do tipo regra (*zugeordnete Grundrechtsnorm*), que subsuntivamente será aplicada ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos) (ALEXY, 2008, p. 86-91).

Para realizar a ponderação na colisão de princípios, este autor utiliza a máxima da proporcionalidade (subdividida nas máximas da adequação e necessidade) (ALEXY, 2008, p. 94-96) e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 602-603).

Portanto, respeitando o posicionamento conceitual de todos os autores supramencionados, vislumbra-se uma consistente convergência nas diferenciações entre regras e princípios: enquanto as primeiras possuem uma especificidade e relação de subsunção, aos segundos se confere uma amplitude e possibilidade de discussão da incidência no caso concreto.

Utilizando este raciocínio, observa-se que, apesar da grande influência das concepções neoprocessualistas no atual Código de Processo Civil (CPC) – em especial, com a incorporação (ainda que involuntariamente) dos elementos presentes na Teoria de Alexy (TRINDADE; DUARTE NETO, 2017, p. 1.059) – estranhamente o art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC) estabeleceu o dever de o juiz justificar a ponderação no caso de colisão de “normas”.

Assim, devido a tal amplitude conceitual, cinge-se a dúvida quanto à constitucionalidade do dispositivo porquanto, como será visto adiante, analisando-se

sistematicamente, fere-se o princípio da segurança jurídica e o dever de fundamentação das decisões judiciais (este consistindo em uma garantia fundamental).

4. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)

Reputa-se relevante assentar, de início, que ao adotar o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) se preocupou com os indivíduos, de modo a trazer a finalidade da igualdade material à lei (MAGALHÃES, 2016, p. 106).

Bonavides (2001, p. 89) vai ao encontro desse pensamento e afirma que, com os objetivos esculpidos no art. 3º da Carta Magna, o Estado de Direito foi estabelecido sob a égide dos valores da liberdade, igualdade, desenvolvimento e democracia.

Ademais, no âmbito do constitucionalismo, a adoção nacional do fenômeno da Constituição Dirigente⁵ determinou os importantes caminhos para os quais o Estado deve seguir: sempre voltado à melhor expressão da democracia (STRECK; MORAIS, 2012, p. 106-107).

Assim, todos os pressupostos que fortaleçam a igualdade, como a liberdade (STRECK, 2020, p. 44-45) e os demais direitos fundamentais, deverão ser ferramentas indispensáveis não só para o controle e efetivação do modelo constitucional de Estado, como também para elevar e guiar o nível de legitimidade das decisões afetas ao público.

Sarlet *et al.* (2022, p. 31) observam que:

A pessoa humana possui um valor em si mesma, independente das características essenciais que formam sua identidade ou de eventuais fatos acidentais que interfiram no seu desenvolvimento físico, intelectual e volitivo, do nascimento à morte (e.g., deficiência, incapacidade, invalidez). Essa dimensão - que é

⁵ Observa-se que, apesar de o termo ter sido cunhado pelo jurista português José Joaquim Gomes Canotilho e de este ter reconhecido a limitação perante as atuais realidades políticas, sociais e econômicas, vários juristas brasileiros (Dalmo de Abreu Dallari, Luiz Alberto David Araújo, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Bonavides, por exemplo) entendem que o modelo de Constituição Dirigente ainda está presente no Brasil, bem como que é preciso buscar novas formas de efetivar os objetivos e valores defendidos, como a participação popular, a descentralização política e a ampliação do papel dos movimentos sociais na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

simultaneamente ontológica, ética e antropológica é reconhecida pela Constituição ao assegurar-se à pessoa os direitos básicos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Não obstante sejam direitos com âmbitos de proteção tão distintos (da vida à propriedade), do ponto de vista constitucional, a pessoa é uma unidade existencial dotada de valor intrínseco e assim deve ser respeitada e protegida em sua integralidade.

Pode-se inferir especificamente que o dever de fundamentação nas decisões judiciais e administrativas – apresentação clara, precisa e racional das bases fáticas e jurídicas da decisão (MEDINA, 2016, p. 747)⁶ – representa um instrumento não somente essencial para se atingir a igualdade almejada pela Constituição, como também para controlar a atividade jurisdicional e corresponder às imposições do modelo dirigente.

Nesse contexto, para que uma decisão seja fundamentada, a sua motivação não pode limitar-se à escolha dos princípios e das regras jurídicas ou de máximas da experiência aplicáveis ao caso concreto; devem estar intimamente conectadas aos bons argumentos, sem olvidar que o juízo de fato deve encontrar seu substrato em elementos de prova e em inferências logicamente válidas e controláveis (CAMBI, 2019, RB-33.6).

A propósito, é a prova que permite que o direito retorne ao passado: o passado é irremissível, porém, por meio da prova, é possível (re)constitui-lo, saturando-se os acontecimentos por intermédio de uma linguagem competente tecida pelo próprio Direito.

Partindo-se dessa premissa, o dever de fundamentação nas decisões recebeu previsão constitucional (art. 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil) (BRASIL, 1988) e o seu desrespeito tem previsão expressa de nulidade. O Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 489 (BRASIL, 2015), reforça isso. Da mesma forma, o Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941), em seu art. 315, § 2º e art. 381, inc. III.

Visando a pormenorizar o que se considera “decisão não fundamentada”, o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015) tornou explícita a abordagem desse tema e impôs o dever dos magistrados de fazê-la de maneira precisa, sem permitir dubiedades, contradições e confusões no ordenamento jurídico.

⁶ Salienta-se que a exigência de fundamentação da decisão judicial encontra exceção no Tribunal do Júri, no que se refere ao veredito dos jurados.

Infere-se também que a segurança jurídica – previsibilidade e coerência na aplicação das leis (NACARINI, 2000, p. 222) – é um instrumento que corresponde às imposições do modelo dirigente, notadamente porque, sem ela, não é possível garantir um cenário previsível para as relações jurídicas e sociais, bem como assegurar às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público.

A segurança jurídica também recebeu previsão constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) (BRASIL, 1988). Ao expor a sua importância e os seus desdobramentos, Mendes e Branco (2015, p. 270) alegam que este princípio é fundamental para a estabilidade das relações jurídicas e a manutenção da confiança na ordem jurídica, porquanto, sem a sua observância, “as decisões do Poder Público e a aplicação das normas jurídicas seriam imprevisíveis e instáveis, gerando incerteza e insegurança para os cidadãos e para as atividades econômicas”.

No entanto, apesar de todo o alegado, o art. 489 do Código de Processo Civil (CPC) trouxe em seu § 2º a disposição acerca do uso da ponderação nos casos de colisão entre “normas”. Esta previsão acabou por ofender diretamente as previsões constitucionais do dever de fundamentação das decisões e do princípio da segurança jurídica.

Explica-se. Da leitura do referido dispositivo percebe-se, de plano, a opção neoprocessualista de enfatizar o uso da técnica da ponderação, notadamente para permitir ao juiz a consideração das particularidades nos casos concretos. Além disso, valeu-se do termo norma – gênero que inclui em seu espectro as regras e os princípios (e, na conceituação de Humberto Ávila, também os postulados) (ÁVILA, 2021, p. 163-164).

Ocorre que, na técnica da ponderação, especificamente nos moldes propostos por Alexy, não se admite a ponderação de regras (mas tão somente de princípios) e tampouco a colisão entre regras e princípios (notadamente porque às regras cabe a subsunção) (ALEXY, 2008, p. 91-94)⁷.

⁷ Alexy (2008, p. 91-94), a propósito, explica que, em que pese a técnica da ponderação seja uma ferramenta importante da hermenêutica constitucional, não pode receber a aplicação às regras, porquanto tais normas não admitem exceções (devem ser aplicadas de forma direta e objetiva, sem espaço para subjetividade ou interpretação valorativa) e não podem ser ponderadas em casos concretos.

Torna-se evidente que a terminologia colisão de normas (sem a distinção entre regras e princípios) no art. 489, § 2º, acabou por fragilizar o princípio da segurança jurídica ao possibilitar ao magistrado realizar uma ponderação de regras, senão uma ponderação entre princípio e regra – afastando um em relação ao outro.

Tais possibilidades, além de dificultar o controle da atividade jurisdicional ao promover um cenário no qual a subsunção da regra não é aplicada aos conflitos, contribuem para que os indivíduos desconheçam as consequências de suas condutas e seus direitos e obrigações.

Barroso (2012, p. 301) considera que uma ponderação de regras poderia também possibilitar decisões arbitrárias⁸ e perda da legitimidade democrática, pois, ao não se distinguir regras e princípios, “permitiria que o juiz, baseado em sua própria subjetividade, ignorasse uma norma legal e decidisse com base em seus valores e preferências pessoais”.

Para além disso, o art. 489, § 2º, também pode ofender o dever de fundamentação das decisões. Isso porque, enquanto o art. 489, § 1º – como mencionado – impôs o dever de o magistrado prolatar decisões de maneira precisa, a fim de não permitir dubiedades, contradições e confusões, a redação do § 2º possibilita interpretar que o magistrado pode somente informar a existência de um conflito de normas e argumentar de maneira não direta nem objetiva, bem como não justificar as bases fáticas (fatos comprovados e elementos concretos do caso) e jurídicas (normas jurídicas aplicáveis ao caso) (BRINGEL; MACEDO, 2015, p. 162-163).

E sobre este ponto é preciso frisar: mesmo diante de uma suposta colisão de princípios ou conflito de regras, a análise sobre qual será utilizado deve se dar no plano fático, porque é o fato analisado no caso concreto que irá indicar qual norma deve regular a situação deduzida em juízo, sob pena de arbitrariedade.

⁸ Ivo (2020, p. 233): “a norma jurídica não é algo pronto dado pelo ordenamento jurídico, mas o resultado de um labor ingente de criação, no sentido já exposto, promovido pelo intérprete. Um aspecto é fundamental: a atividade constitutiva da norma não significa a desconstrução do texto. Embora haja espaço para a construção do sentido em qualquer interpretação, ela não corre autonomamente, solta, ao acaso, como se o intérprete recebesse um texto nu, com zero grau de sentido. O intérprete produz a norma, mas é preciso que fique evidente que não é uma criação *ex nihilo*, a partir do nada”.

Dito de outra maneira: se se toma como exemplo uma suposta colisão de princípios em que, de um lado, há a livre-iniciativa e, do outro, a sanidade pública; a discussão sobre a (in)validade de um decreto municipal que proíbe a atividade presencial dos restaurantes no período da pandemia só poderá ser vista no caso concreto, ou seja, no plano fático. Considerado o arcabouço do direito brasileiro, a aplicação de regras e de princípios deve seguir, sob pena de arbitrariedade, em última análise, o modelo de subsunção, já que é a situação fática, devidamente demonstrada nos autos, que apontará qual a norma a ser aplicada ao caso.

Logo, não cabe ao magistrado, salvo na hipótese de inconstitucionalidade (que é um problema de validade), afastar a aplicação de uma norma, sob pena de macular o Estado Democrático de Direito, bem como a cláusula da separação dos poderes.

Bringel e Macedo (2015, p. 165-166) convergem neste raciocínio e aduzem que a redação atual permite ao magistrado não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo e não densificar o que se está utilizando naquele caso, notadamente porque a ponderação exposta no dispositivo não possui disciplina de como deve ser aplicada.

Trindade e Duarte Neto (2017, p. 1.044-1.067) afirmam que, em que pese haja ocorrido a institucionalização da Teoria de Alexy no Código de Processo Civil, a positivação da ponderação no caso de colisão de normas (de modo a ignorar a distinção entre regras e princípios) e a ausência de disciplina para a sua aplicação contribuem para o descontrole sobre a subjetividade das decisões – o que, além de enfraquecer a normatividade dos direitos fundamentais, endossa uma prestação jurisdicional cujo resultado é a “justiça lotérica” (TRINDADE, 2013, s.p.).

Por oportuno, é de se registrar que uma fundamentação e/ou ponderação, nos moldes disciplinados nas obras de Alexy, para muitos serve de padrão para o respeito ao princípio da segurança jurídica e correspondência ao dever constitucional de fundamentação.

Na obra **Teoria da Argumentação Jurídica** (*Theorie der Juristischen Argumentation*) foi oferecida uma série de regras de argumentação para conduzir uma fundamentação racional e respeito às regras de um debate dialógico (ALEXY, 2001, p. 219-

223):

(J.2.1) Ao menos uma norma universal precisa ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico;

(J.2.2) Um julgamento jurídico precisa seguir logicamente de, ao menos, uma norma universal juntamente com outras afirmações;

(J.2.3) Sempre que houver dúvida se *a* é um T ou um M', uma regra tem de ser apresentada para determinar essa questão;

(J.2.4) O número de passos de desenvolvimento requerido é o número que torna possível o uso de expressões cuja aplicação em dado caso não admita posterior disputa;

(J.2.5) Tantos passos de desenvolvimento quanto possíveis devem ser articulados.

Já na obra **Teoria dos Direitos Fundamentais** (*Theorie der Grundrechte*) foi ofertada para a ponderação de princípios a distinção entre regras e princípios, a máxima da proporcionalidade (subdividida nas máximas da adequação e necessidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda se consigna que, embora existam doutrinadores que entendam de maneira divergente de Alexy⁹, ao mesmo tempo reconhecem que a positivação da técnica, nos específicos moldes do Código de Processo Civil (CPC) vigente, é inaplicável numa democracia.

Abboud e Rossi (2017, p. 4), por exemplo, reconhecem que o dispositivo em questão promove uma decisão subjetiva do aplicador, uma vez que escolheria, de forma *ad hoc* e diante de um caso, qual das regras seria afastada em face do sopesamento. Assim, tornar-se-ia possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei.

Streck (2015, s. p.), também crítico da Teoria de Alexy, afirma que:

O malsinado dispositivo servirá para que o juiz ou tribunal escolha, de antemão, quem tem razão, ideológica-subjetivamente. Por exemplo, em caso de a amante buscar metade da herança, poderá dizer (lembramos do TJ-MA): há um conflito entre normas (entre o Código Civil e o princípio da afetividade) e poderá decidir,

⁹ Jürgen Habermas entende que a ideia de ponderação valorativa destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais. Isso porque, ao pressupor um mais e um menos como graus de otimização dos princípios, afasta-se a estrutura binária (lícito/ilícito), que é constitutiva da validade das normas, e retira-se dos direitos fundamentais a sua estrutura deontológica (dever-ser), conferindo-lhes um sentido teleológico (finalidade valorativa). (HABERMAS, 1997, p. 316-323).

ponderando, contra a lei e a Constituição; ou, como denuncia Sergio Barroso de Mello, em ações de seguro, “juízes ignoram códigos”, porque escolhem “a questão social” (ou seja, basta ao juiz dizer que há um conflito entre normas e, bingo!, estará ponderando e decidindo conforme o novo CPC). Será que isso que queremos?

Ou seja: 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.

Amado (2017, s. p.), com um entendimento semelhante, também apresenta críticas à redação do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC):

[...] estaríamos diciendo que las colisiones o antinomias entre normas ya no se solucionan aplicando aquellas tres pautas normativas llamadas lex superior, lex posterior y lex specialis, sino ponderando con total independencia de la jerarquía y el tiempo de cada norma y hasta de la referencia más o menos amplia de cada una en cuanto a los hechos. Tal entendimiento es revolucionario, abismal..., y catastrófico. Nos habríamos cargado, de una y a calzón quitado, el principio de jerarquía normativa y la regla de que la norma posterior igual o superior deroga a la norma anterior inferior o igual; y, si me apuran, hasta habríamos acabado con el principio de competencia, sea por razón de órgano, de materia o de territorio, porque entre en un caso de, por ejemplo, pugna entre la competencia territorial de dos normas (o de dos órganos normativos territorialmente acotados), no habría que ver cuál de esas normas puede regular esa materia en ese territorio, sino cuál pesa más.

Há autores que entendem pela possibilidade de se ponderar regras, de modo a conferir a interpretação do termo conforme “normas-princípios” e prevalência das regras. Exemplificando: Jevaux e Zaneti Júnior (2017, p. 331) entendem que, para as eventuais críticas à escrita incorreta no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), bastaria: *a)* Interpretar o termo norma como apenas normas-princípio, conferindo interpretação conforme; *b)* Na colisão entre um princípio e uma regra contraposta, aplicar também as noções de caráter *prima facie* das regras (observância de sua prevalência em face do princípio democrático) e de ponderação de regras a partir de seus princípios fundantes.

Nery Junior e Nery (2022, RL-1.98) assim se posicionam:

A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a

solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Contudo, apesar de talvez sanar a inconstitucionalidade ora discutida, não se exclui que o legislador quis inovar, porém descaracterizou (e desvirtuou) a técnica da ponderação para além dos princípios.

Reitera-se que, mesmo diante de uma suposta colisão dos princípios ou conflito de regras, a análise de um caso concreto deve se dar – ao contrário do positivado no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC) – no plano fático (pois é somente o fato analisado no caso concreto que irá indicar qual norma deve regular a situação deduzida em juízo).

Desta feita, a técnica de ponderação, nos moldes positivados no Código de Processo Civil (CPC), não pode ser um meio válido de aplicação do direito no desenho constitucional estabelecido na Constituição vigente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto continuamente se consolida a proteção dos preceitos constitucionais, ainda é possível observar na legislação exemplos de contraposição aos direitos fundamentais. É o caso do disposto no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece, entre outros pontos, o dever de o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação em caso de colisão entre “normas”.

A título de conclusão, o presente artigo culminou na exposição de que este dispositivo não encontra respaldo constitucional material, haja vista que gravemente submerge o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal).

Ao se ilustrar brevemente o histórico do processualismo, bem como a conceituação das diferenças entre as regras e os princípios, constatou-se que a literalidade do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), apesar de ter seguido o propósito do arcabouço neoprocessualista, possibilitou a ponderação de regras (estas não admitem exceções nem

podem ser ponderadas em casos concretos).

Esta última promove um cenário no qual a subsunção da regra não é aplicada aos conflitos (o que contribui para o descontrole da atividade jurisdicional), além de possibilitar ao magistrado apenas informar a existência de um conflito de normas e tecer uma fundamentação de maneira não direta e não objetiva, tal como não justificar as bases fáticas e jurídicas.

Sem exaurir as discussões e respeitando o posicionamento de todos os autores mencionados, foi exposto também que, apesar de existirem doutrinadores que entendem pela possibilidade de se ponderar regras – de modo a conferir a interpretação do termo conforme “normas-princípios” e prevalência das regras – tal possibilidade não é compatível com a Constituição pátria.

Raciocínio igual deve se aplicar, inclusive com relação a princípios. Os princípios devem ser aplicados ao modo das regras, seguindo o critério da subsunção após a análise da questão fática. É ela que irá apontar a solução para o caso. Por isso, a questão da ponderação, nos moldes positivados no Código de Processo Civil (CPC), não deve ser critério para aplicação, sob pena de cair na arbitrariedade – que a exigência da fundamentação quer evitar.

Assim, considerado o arcabouço do direito brasileiro, a aplicação de regras e de princípios deve seguir, sob pena de arbitrariedade, o modelo de subsunção, já que a situação fática devidamente demonstrada nos autos apontará qual norma deve ser aplicada ao caso. Não pode o magistrado, salvo na hipótese de inconstitucionalidade (que é problema de validade), afastar a aplicação de norma.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. **Riscos da Ponderação à Brasileira**. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. [livro eletrônico] – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Sobre el parágrafo 2º del artículo 489 del nuevo Código Procesal Civil Brasileño. O de la ponderación como panacea o como placebo**. Almacén de Derecho, n. 25, 2017. Disponível em: <https://almacenederecho.org/paragrafo-2º-del-articulo-489-del-nuevo-codigo-procesal-civil-brasileno-acabar-derecho-base-ponderar-calzon-quitado> Acesso em: 25ago. 2023.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, v. 1, 2017.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica do Direito do Estado: Salvador/Bahia. n. 17, janeiro/fevereiro/março/2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/836> Acesso em: 25 ago. 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 20 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 25ago. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115,

125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 31 dez. 2004. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 69, de 29 de março de 2012. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: 30 mar. 2012. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc69.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 74, de 6 de agosto de 2013. Altera o art. 134 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: 7 ago. 2013. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: 5 jun. 2014. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**: 13 fev. 1950. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**: 5 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Diário Oficial da União: 2 set. 1981. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 26 jul. 1990. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: 25 jul. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). **Diário Oficial da União**: 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 3 out. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 10 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 2 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: 7 de jul. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 24 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26** – Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240> Acesso em: 25ago. 2023.

BRINGEL, Lara Livia Cardoso Costa; MACEDO, João Paulo Landin. **Inviabilidade jurídica do artigo 489, § 2º, da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)**. Factum – Periódico Jurídico da Católica do Tocantins, vol. 1, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMACHO, Henrique; COSTA, Yvete Flávio da. **A evolução das gerações dos Direitos Fundamentais e das fases metodológicas do Direito Processual Civil na compreensão da tutela coletiva**. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. v. 12, n. 12, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8681/6571> Acesso em: 25ago. 2023.

CAMBI, Eduardo et al. **Código de Processo Civil Completo**. 19 ed. [livro eletrônico] – Parte III, Processo de Conhecimento – Procedimento Comum, Sentença e Coisa Julgada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista de Direito Privado, v. 64, out-dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 7 ed. São Paulo: Noeses, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 24. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 7. ed. Salvador: Juspodivm, vol. 4, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, vol.1, 2009.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho** [livro eletrônico].1. ed. 2015.São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

IVO, Gabriel. A linguagem do direito e a decisão jurídica voluntarista (anotações ao direito e à sua linguagem). **Revista Antígona** (publicação do Toro – Escola de Psicanálise), v. 13, p. 215-257, Maceió: Editora da Universidade Federal de Alagoas, 2020.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Controle Difuso no Novo CPC**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 16, n. 7, jan./abr. p. 324-345, 2017.

LAMY, Eduardo de Abelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil** [livro eletrônico] – Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, vol. 272/2017, p. 85-125. Out. 2017.

MAGALHÃES, Julio Cesar Reccanello. **Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica da FEAT, v. 1, n. 12, jan.-jul. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil** – do Modelo ao Princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador, Juspodivm, 2016.

NACARINI, Rosa Maria dos Santos. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista Jurídica “9 de Julho”, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]. ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2022.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupagem do imperador na ciência processual civil brasileira)** [livro eletrônico] – Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, vol. 293/2019, p. 19-47, Jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Direitos Fundamentais: Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988**. Londrina: Thoth Editora, 2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial**. Salvador: Podivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. Do Advogado: São Paulo, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta> Acesso em: 25ago. 2023.

TRINDADE, André Karam. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexyn-vulgata-ponderacao-principios> Acesso em: 25 ago. 2023.

TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. **Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no Direito Processual Brasileiro**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603> Acesso em: 25ago. 2023.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 5 ed. São Paulo, 2015.

Data da submissão: 23/09/2023
Data da primeira avaliação: 09/06/2024
Data da segunda avaliação: 09/06/2024
Data da aprovação: 09/06/2024