

UMA REFLEXÃO SOBRE O PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 489 DO NOVO CPC E A (IN) CONSISTÊNCIA DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Adolfo Magalhães Cavalcanti¹

Ricardo Tinôco de goes²

RESUMO

A Constituição, conforme o neoconstitucionalismo, deve ser entendida como uma perspectiva autônoma face às outras dimensões intercambiáveis com ela. Para efetivá-la, necessário instituir seus preceitos fundamentais em cada uma de suas vertentes, e razão disso, se formou uma linha teórica denominada neoprocessualismo, onde se busca entender a relação entre Constituição e Processo. O novo Código de Processo Civil foi criado sob essa influência, que inseriu diversos institutos constitucionais na nova lei. No entanto, o artigo 489, parágrafo 2º do novo Código de Processo Civil foi posto de forma inconsistente, ao prever a ponderação caso haja conflito entre normas, consistindo em uma clara posituação da teoria de ponderação de Alexy.

Palavras-Chave: Constituição. Neoconstitucionalismo. Processo. Teoria da Ponderação.

ABSTRACT

The Constitution, as neoconstitutionalism, should be understood as an autonomous perspective against other dimensions interchangeable with it. To effect it, necessary to establish its fundamental precepts in every one of its aspects, and reason, formed an imaginary line called neoprocessualismo, where it seeks to understand the relationship between the Constitution and Procedure. The new Civil Procedure Code was created under this influence, which entered various constitutional institutions in the new law. However, Article 489, paragraph 2 of the new Civil Procedure Code was put inconsistently, by providing for the consideration if there is conflict between standards, consisting of a clear positivation of Alexy balancing theory.

Keywords: Constitution. Neoconstitutionalism. Procedure. Balancing theory.

¹ Discente do Curso de pós graduação em Direito processual civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN. E-mail: cvalcante@hotmail.com

² Docente do Curso de pós graduação em Direito processual civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN. E-mail: ricardotinoco@tjm.jus.br

1. Introdução

O presente trabalho tem o fito de analisar a inserção da teoria da argumentação jurídica a partir da ponderação na legislação pátria, constante no artigo 489, parágrafo 2º do Novo Código de Processo Civil.

Para isso, deve-se considerar que a Constituição, nos moldes construídos no interior do neoconstitucionalismo, deve ser entendida como a sua perspectiva autônoma face às outras dimensões com ela intercambiáveis, como a política, a economia e a moral, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais.

Em diversos níveis isso tem consequências jurídicas como o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais e da força normativa. De uma maneira geral, tanto as práticas judiciais quanto a teoria do direito não estão preparadas para as rupturas paradigmáticas que o texto Constitucional propõe. A crise que atormenta o Direito restou obnubilada por um imaginário dogmático refém de um sentido comum teórico que tolda o sentido da Constituição em seu papel compromissário, constituidor e dirigente.

Diante disso, o neoconstitucionalismo, na tentativa de superar o positivismo Legalista, procurou, dentre outras, na teoria da argumentação jurídica de Alexy, um modo de tornar racional o modelo de interpretação e aplicação do direito que mantivesse a devida adequação junto aos novos textos atinentes ao direito Constitucional.

Em razão disso, verificou-se como uma vertente do neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo que consiste no movimento teórico de inserção dos institutos constitucionais do direito processual. O novo Código de Processo Civil sofreu muita influência desses movimentos ao positivizar mecanismos para firmar garantias constitucionais. No entanto, normatizou a teoria da ponderação de Alexy de maneira equivocada levando para o âmbito infraconstitucional um instituto temerário à democracia.

2. Do Positivismo ao Pós-Positivismo

Tendo em vista a profunda diferença que existe entre o positivismo praticado pela teoria jurídica que predomina no século XIX e o positivismo jurídico construído pelas teorias jurídicas do século XX, se faz necessário uma breve distinção. O

primeiro, definido como Positivismo Legalista, de acordo com Castanheira Neves³, cuja principal característica é a equiparação do direito à lei. De todo modo, é preciso reforçar que essa equiparação pode ser pensada a partir do direito produzido na perspectiva da lei formada segundo os padrões ditados pelos eruditos, professores de direito (caso alemão) ou por um corpo legislativo soberano (no caso francês).

Já o segundo, devido ao corte profundamente kelseniano presente em suas teses, nomeado positivismo normativista⁴, opera uma análise semântico-sintática do direito. Ou seja, o normativismo reconhece o problema dos múltiplos significados que emanam dos conceitos que constituem o direito e problematiza a relação desses conceitos com os objetos os quais formam o “mundo jurídico”. Diante disso, um normativista não exclui a possibilidade de, no momento de aplicar a norma, os juízes decidirem de mais de uma maneira, desde que ajustados à “moldura da norma”.

Em um ponto específico, Kelsen assume que a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. E que esse “desvio” é impossível de ser corrigido conforme o aborda no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito⁵. Kelsen afirma que as normas jurídicas são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. Tendo como solução única para a correção dessa inevitável indeterminação do sentido do direito somente a possibilidade de ser realizada a partir de uma terapia lógica que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, segundo o autor austríaco, da Ciência do Direito.

Diante disso, algumas das principais teses do positivismo normativista de Hans Kelsen foram criticadas por Hart em sua obra⁶, cujo objetivo era colocar e responder a pergunta: o que é direito?

O autor americano, assume como pressuposto o fato de que toda expressão linguística, possui um núcleo duro de significado e uma zona de penumbra, seja ela jurídica ou não. O núcleo duro de significado da interpretação conforma-se pelos casos de fácil interpretação, ou seja, aqueles nos quais quase todos os intérpretes estariam de acordo sobre a expressão que se aplica ao caso em questão, seja ele um objeto ou um fato social. No

³ Sobre a questão, ver: NEVES, Antonio Castanheira. Escola da exegese, In: Digesta, v. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 1995, n. 2.

⁴ Essa construção que identifica no positivismo diferentes ramificações é explorada de forma aprofundada por STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 15 n.1, pp. 158-173/jan-abr 2010.

⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

⁶ HART, Hebert L. A. O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

contexto da decisão judicial, isso significa que uma regra sempre possuirá um núcleo duro e uma zona de penumbra, frente à qual o juiz deverá escolher qual o sentido que deve prevalecer.

Essa escolha na zona de penumbra implica na mesma denúncia feita por kelsen, o qual assumiu a discricionariedade em determinados casos, tornando-se um paradigma a ser superado a ponto de garantir as decisões judiciais democraticamente.

Após a segunda guerra mundial o Positivismo se tornou temerário às bases fundamentais da regulação social dentro de um ordenamento jurídico, para isso foi proposto o pós-positivismo, também chamado neconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, devendo ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política.

A Constituição, nos moldes construídos no interior do neoconstitucionalismo, é a manifestação desse grau de autonomia do direito, ou seja, deve ser entendido como a sua perspectiva autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como a política, a economia e a moral, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra.

Essa autonomia do Direito é entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido com viés e que institucionaliza essa e outras dimensões com ele intercambiáveis. Explicando melhor, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral, o direito adquire uma autonomia que funciona, antes de mais nada, como uma blindagem contra as próprias dimensões que o preconcebem. Em outras palavras, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade.

3. O Constitucionalismo Contemporâneo e a (in)efetividade do Acesso à Justiça

Em um primeiro momento, deve-se ter em destaque a ampliação dos textos constitucionais e a radicalização do dirigismo constitucional com as Constituições da Alemanha (1949); da Itália (1948); da Espanha (1972); de Portugal (1976); e, posteriormente, a do Brasil (1988). Em detrimento desse movimento foi desencadeado um aumento nos níveis das demandas sociais no direito, alterando de maneira significativa a delicada relação entre direito e política. Sendo assim, questões que antes eram resolvidas no contexto das decisões

políticas, passam a ser suscetíveis de intervenção judicial, através dos mecanismos de controle da constitucionalidade realizados pela jurisdição constitucional.

Em diversos níveis isso tem consequências jurídicas como o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais e da força normativa dos direitos econômicos e sociais, bem como do acesso à justiça. De uma maneira geral, tanto as práticas judiciais quanto a teoria do direito não estão preparadas para as rupturas paradigmáticas que o texto Constitucional propõe.

A crise que atormenta o Direito restou obnubilada por um imaginário dogmático refém de um sentido comum teórico⁷ que tolda o sentido da Constituição em seu papel compromissário, constituidor e dirigente. Esse senso comum ainda insiste em afirmar que texto é igual à norma, e que vigência é igual à validade⁸, de forma que há um sentido inerente ao texto que cabe ao intérprete o dever de extrair esse sentido, ou até mesmo, atribuir os sentidos jurídicos sem qualquer vínculo normativo.

No mais, sem que a jurisdição constitucional tenha sido acionada para a adequada filtragem hermenêutica-constitucional, a sociedade permanece convivendo com normas inconstitucionais. Essa baixa efetividade da Constituição é fator preeminente para a inefetividade da Constituição que determinou o Estado Democrático de Direito. Sob a égide de uma análise da hermenêutica filosófica, a falta de um preconceito⁹ acerca da mudança paradigmática por qual passou o Constitucionalismo Contemporâneo, delineou uma tradição inautêntica sobre o valor representado pela Constituição¹⁰. Isso ocorreu em detrimento da não criação das condições propiciadoras da necessária e suficiente abertura para a manifestação do sentido da Constituição e suas elucidações jurídico-políticas como a erradicação da pobreza, redução da desigualdade, respeito aos direitos humanos fundamentais, direito à saúde, função social da propriedade, dentre tantos outros.

Para o desate com a tradição inautêntica, onde não há eficácia e hierarquia nos textos jurídicos constitucionais, se faz necessário primordialmente, refletir o sentido da Constituição a partir de uma Teoria da Constituição condizente com as peculiaridades de um país periférico como o Brasil, fazendo uma devida comunicação com a Teoria do Estado. Se faz necessário entender que o campo jurídico como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade. Tendo em vista que o Direito é ciência prática, cujo

⁷ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. (v. 2).

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹ No sentido de pré-juízos ou pré-compreensão conforme explora Gadamer em Verdade e Método.

¹⁰ GADAMER, Hans- Georg. Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

ordenamento mantém a Constituição como Lei maior, deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, em outras palavras, por mais óbvio que seja, a Constituição constitui.

Em consequência disso, a jurisdição constitucional assume um importante lugar no Estado Democrático de Direito, devendo ser compreendido no âmbito de um novo traço assumido pelo Direito no paradigma atual, o qual incorpora as premissas não cumpridas da modernidade. Não obstante a isso, ratifica Habermas¹¹ quando afirma a cooriginariedade entre direito e moral, o que impede que a moral corrija o direito produzido democraticamente.

Portanto, diante do grau de autonomia do Direito, não há que se falar mais em separação entre Direito e Moral, tendo em vista que o Direito é aquilo que as instituições jurídicas emanam, encontrando respostas das questões postas, nas leis, nos princípios constitucionais, normas e precedentes constitucionalmente estabelecidos. Não se trata mais da dicotomia entre Estado e Sociedade, pois as conquistas democráticas são elevadas ao patamar de Direito.

4. O Neoconstitucionalismo segundo Robert Alexy

Evidenciou-se que o velho constitucionalismo europeu após a Segunda Guerra Mundial, caracterizado pela restrição à lei estrita, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis pela violação à direitos fundamentais. Diante desse contexto, surge o “neoconstitucionalismo”, ou também “constitucionalismo pós-moderno” ou até mesmo “pós-positivismo”, que essencialmente tem o condão refazer os fundamentos constitucionais.

Desse modo, se pode afirmar que a sua finalidade é buscar a eficácia plena da Constituição, dentro da atual realidade, deixando o seu texto de ter um caráter retórico, tornando-o mais efetivo na tentativa de concretizar os direitos fundamentais.

Tanto o Direito Natural quanto o Positivismo Legalista são superados no segundo pós-guerra pelo pós-positivismo, sofrendo profundas críticas por alguns dos mais renomados doutrinadores, como o americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy.

Aberto à recepção dos progressos da nova hermenêutica que surgiam e diante das correntes axiológicas que tinham o condão de compreender o fenômeno constitucional que surgia cada vez mais voltando atenção aos valores e a fundamentação do

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I)

ordenamento jurídico, Alexy contribuiu para a consolidação do neoconstitucionalismo, harmonizando o binômio lei/direito na axiologia.

Diante disso, o neoconstitucionalismo, na tentativa de superar o positivismo Legalista, procurou, dentre outras, na teoria da argumentação jurídica de Alexy, um modo de tornar racional o modelo de interpretação e aplicação do direito que mantivesse a devida adequação junto aos novos textos atinentes ao direito Constitucional.

Nesse prisma, o Professor da Unisinos Lenio Luiz Streck,, critica a receptividade da teoria da argumentação jurídica elaborada por Alexy, bem como suas “releituras” formuladas pelo ordenamento jurídico pátrio, afirmando que essa nova visão de direito defendida pelo teórico alemão, apenas supera o positivismo primitivo, o positivismo exegético-legalista, não conseguindo superar o positivismo normativista, sendo apenas uma reformulação deste, pondo a autonomia do direito em posição de enfraquecimento.

A teoria sobre direitos fundamentais de Alexy tem o objetivo de descobrir as estruturas dogmáticas e atrelado a isso, revelar os princípios e valores que se permeiam os códigos e a jurisprudência. O referido objetivo tem como ponto incentivador, esclarecer as divergências estruturais entre direitos políticos e sociais, tendo em vista que essas diferenças são inerentes aos lugares que aplicaram a teoria dos direitos fundamentais.

Portanto, como ponto chave para formulação de sua teoria, o autor apresenta três questionamentos sobre o tema: Quão intenso deve ser, sobre o legislador, o controle da corte constitucional? Quem seria o titular dos direitos fundamentais? E por último, se os direitos fundamentais poderiam ser restringidos.

Nesse prisma, afirma o constitucionalista alemão, que os direitos fundamentais têm a posição de princípios, e consequentemente colidem, havendo necessidade nesses casos, de uma decisão ponderada em prol de um deles. Para isso, considera um caráter de “dever ser” aos princípios, ou seja, os princípios preconizam o modo como a sociedade deve agir diante da situação. Consequentemente, as regras e princípios são normas, tendo em vista o caráter de afirmar o “dever ser”. Ambos fundamentam o caso concreto, sendo aplicados de forma diferente. Sendo assim, a ponderação atua na resolução do caso considerando a problemática colisão entre princípios, ou conforme teoriza Alexy, entre os direitos fundamentais.

Aquele que põe em prática a ponderação na esfera jurídica deduz que as normas aplicadas sejam dotadas de uma estrutura principiológica. Diferente da dimensão do problema no âmbito das regras, onde ocorre a subsunção, tendo em vista que no contexto

fático é juridicamente possível a sua determinação, havendo possibilidade de ser aplicada ou não.

Na obra intitulada *Constitucionalismo Discursivo*¹², o teórico alemão percebe a ponderação como maneira de aplicação apenas dos princípios, afirmando que se trata de um mesmo objeto em que um lado possui caráter metodológico e o outro possui natureza teórico-normativa.

Com efeito, Alexy procurava explicar de forma racional o grau de importância das consequências jurídicas dos princípios que colidiam-se no caso concreto. Ou seja, põe as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa “balança”, com o fito de precisar qual a importância de cada uma no caso específico, caso o embate não tenha sido solucionado pelos critérios anteriores.

Outrossim, a ponderação proposta por Robert Alexy pode ser definida em três planos: (1) Definição da intensidade da intervenção, medindo o grau de ou afetação de um dos princípios; (2) Definição a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, e (3) Realização da ponderação em sentido específico e verificação do quanto a satisfação de um direito fundamental justifica o quanto o outro não satisfaz.

Ocorre, que segundo o teórico alemão, ao exigir critérios de aplicação tanto princípios quanto valores apresentariam um sentido normativo, sendo semelhantes quanto à estrutura, sendo necessário portanto, fazer uma abordagem acerca da Teoria axiológica dos princípios.

5. O Neoprocessualismo como vertente do Neoconstitucionalismo

Nos dias de hoje, a concepção de um direito processual que acolha a teoria dos direitos fundamentais, assim como a força normativa da Constituição é próspera. Seguindo a tendência do Neoconstitucionalismo de estabelecer uma ordem jurídica processual à luz da Constituição surgiu o denominado Neoprocessualismo.

A relação entre o processo e a Constituição ocorre de maneira indireta e direta. Realiza-se diretamente quando a Lei Fundamental determina quais as garantias e direitos fundamentais, estabelece instrumentos formais de controle de constitucionalidade, ou ainda, ao estruturar as instituições basilares para realizar a justiça. Ocorre indiretamente

¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64.

quando dá azo ao legislador prever regras processuais típicas para a concretização da norma jurídica em um caso concreto pelo julgador, no intuito de tutelar de forma distinta determinado bem jurídico ou categoria de sujeitos.

Sendo assim, o processo é um relevante instrumento para afirmar os direitos consagrados na Constituição. A expressão "neo" consiste na mudança paradigmática da superação das influências da Modernidade, mais precisamente aos métodos racionalistas tão influentes no âmbito jurídico, de modo que o processualismo deve focar nos ideais contemporâneos, viabilizando a concretização de direitos sem se dissociar da realidade das relações econômicas, políticas e sociais. Portanto, tem como objetivo formar o instrumento de dê ampla efetividade aos Cânones democráticos e Constitucionais.

De maneira formal os direitos foram assegurados enquanto o processo em sua fase instrumental. No entanto, ainda engessado, deve o instituto buscar a melhor forma de interpretar o direito e concretizá-lo materialmente.

Portanto, é a partir da Constituição que se dá início à argumentação jurídica e interpretação, assumindo condição fundamental na construção do novo ideal de processo. A consagração de amplos direitos e garantias é o ponto de partida para que os mais imprescindível dos direitos processual e material tornem-se constitucionais, criando o que se chama de constitucionalização do direito infraconstitucional. Diante disso, a exegese da norma jurídica foi alterada radicalmente.

A lei (e sua ótica codificada do século XIX) foi privada da sua posição fulcral como fonte do direito e tornou-se subordinada à Constituição, valendo tão somente se estiver em conformidade com a Constituição e, caso esteja adequada aos direitos fundamentais. Os juízes têm a função, ao contrário do que desenvolvia Chiovenda no começo do século XX, deixou de assumir o caráter constitucional, dando possibilidade, com suporte da judicial review, ao controle de constitucionalidade dos atos normativos e da lei.

Com a ineficiência do sistema processual, o ordenamento jurídico passou a ficar desprovido de efetividade. Diante disso, a coerência substancial deve ser visada como objetivo fundamental, sendo mantida em todos os seus termos no tocante à Constituição, uma vez que a promessa de realização dos valores instituídos nos princípios constitucionais é explicitada na lei ordinária e demais normas.

A metodologia contemporânea do direito admite a força normativa dos princípios constitucionais. Só se pode atingir as linhas essenciais do Código de Processo Civil se pautadas em preceitos de um Estado Constitucional Democrático nos moldes

constitucionais de processo civil, refletindo a igualdade, o direito de acesso à justiça e segurança jurídica.

Nessa conjuntura, de forma gradual, a lei deixou de ser o ponto central do ordenamento jurídico. Algumas modificações fundamentais podem ser apontadas: mais princípios com vertente constitucional em vez de regras; m aplicação da ponderação face à subsunção; maior análise individual e concreta do que à luz da justiça; Atuação mais robusta do poder judiciário em relação à épocas anteriores onde tinha o papel de coadjuvante; E por fim, aplicação dos preceitos constitucionais frente à inadaptação da letra da lei¹³.

6. As recepções teóricas equivocadas no Brasil: Jurisprudência dos valores e a teoria da ponderação

A jurisprudência dos valores serviu para equilibrar a tensão criada após a outorga da Constituição pelos aliados em 1949. Nos anos que vieram posteriormente ao reconhecimento da lei fundamental, houve um considerável esforço por parte do Tribunal Constitucional alemão para dar legitimidade a uma Carta que não havia sido constituída através da participação ampla do povo alemão. Exatamente por isso a invocação de argumentos que concedessem ao Tribunal a possibilidade de recorrer a critérios de decisão que estavam fora da estrutura antes vigente de uma legalidade rígida. Diante disso, a referência a valores aparece como instrumento para abrir uma legalidade fechada.

Nessa linha, há de se ressaltar que a jurisprudência dos valores é ainda hoje, preponderante no Tribunal Constitucional Alemão, cenário que tem provocado, durante a história, fortes críticas no âmbito da teoria constitucional ao modo de intervenção do tribunal alemão. Importante mencionar, no entanto, que a tensão teve um papel fundamental na criação da teoria da constituição contemporânea em outros países como: Portugal, Brasil e Espanha, onde sua influência é incontestável.

No entanto, parte dos juristas brasileiros não observou para as realidades distintas entre Alemanha e Brasil, onde neste, historicamente até a própria legalidade tem sido difícil de aplicar, de modo que a grande batalha tem sido o de estabelecer a condições para a consolidação de um âmbito democrático de construção da legalidade modelada no texto da Constituição.

¹³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. acesso em 26.06.2015.

Os teóricos brasileiros tomaram emprestado da jurisprudência dos valores a tese principal de que a Constituição, é uma ordem concreta de valores, devendo os intérpretes, buscarem e revelarem esses valores ou interesses (as vezes essa postura se mistura com as teses da jurisprudência dos valores de Philipp Heck, quem cunhou o termo *sopesamento* em alemão). A forma mais específica de realização foi a teoria da argumentação, formulada por Alexy, que no entanto, foi recebida no Brasil por parte dos Tribunais e da doutrina sob uma leitura superficial.

À certa medida, o Direito Constitucional foi ocupado pelas teorias da argumentação jurídica, ficando raro encontrar algum constitucionalista que não se renda à distinção estrutural entre regras e princípios e à ponderação do constitucionalista alemão. A partir disso, são desenvolvidas diversas teses que muitas das vezes são incompatíveis entre si. Na maioria das vezes, os adeptos da teoria da ponderação não levam em consideração a circunstância relevante de que é impossível realizar uma ponderação que decida o caso diretamente. A ponderação nos termos difundidos por seu criador, não é um procedimento onde se põem os dois princípios numa balança e se evidencia aquele que tem maior peso, algo do tipo “o intérprete escolhe um entre dois princípios que colidem”. Nesse prisma é necessário ser enfático: a tese de Alexy sobre a ponderação não aborda uma escolha direta.

Importante mencionar que, os tribunais no Brasil, no uso sem critérios da teoria da ponderação, transformaram a ponderação em um princípio¹⁴. Se na formação a qual Alexy propõe, a ponderação leva à formação de uma regra, os tribunais brasileiros aplicam esse conceito como sendo um enunciado performativo, um tipo de *álibi* teórico com a capacidade de fundamentar os mais diversos posicionamentos. Esse tratamento que percebe a ponderação como um princípio, evidencia-se a partir de busca simples nos tribunais brasileiros¹⁵. Esse uso da ponderação como princípio advém de um fenômeno inerente à realidade brasileira, o *panprincipiologismo*¹⁶. O *panprincipiologismo* é consequência da recepção equivocada do “neoconstitucionalismo”, que acaba fragilizando as efetivas conquistas que advindas da consagração da Constituição de 1988. Isso faz com que, haja uma incontrolada proliferação de enunciados para resolver alguns problemas de casos concretos, a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais.

¹⁴ Em rápida pesquisa através do google, percebe-se várias ocorrências da nomenclatura “princípio da ponderação”.

¹⁵ No caso do STF, verifica-se a ADPF n. 130/DF, de 2009.

¹⁶ Tese cunhada por Lenio Luiz Streck em sua vasta obra, e bem aprofundada em *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Um exemplo que ilustra bem essa "fusão" teórica (Jurisprudência dos valores e teoria da argumentação) pode ser verificado no julgamento do HC n. 82.424, em 17 de setembro de 2003, mais conhecido como caso Ellwanger¹⁷. Uma parte do Tribunal entendeu que a situação apresentava uma colisão de princípios constitucionais, que, por sua vez, apoiavam-se em “valores” que conflitavam entre si. Nessa linha, o Ministro Carlos Ayres Britto, após verificar que no caso havia uma “contradição entre princípios jurídicos”, entendeu por juízo de “proporcionalidade”, que os fatos conferidos a Ellwanger eram atípicos penalmente, face à liberdade de expressão.

Necessário anotar que, embora tenha sido objeto de vários debates, tendo rendido uma discussão longa no Supremo Tribunal Federal, a solução da controvérsia era bem simples. A ponderação não era necessária nesse caso por um simples motivo: a liberdade de manifestação de pensamento não engloba a liberdade de manifestação de um pensamento racista, uma vez que o racismo é crime imprescritível. Nessa linha, o voto do Ministro Gilmar Mendes ressaltou que as sociedades democráticas não concedem direitos de expressão à discursos de ódio, pela simples razão de que eles comprometem a própria democracia.

O HC foi negado. Todavia, os votos vencidos, fundamentados em argumentos políticos ou em raciocínios de ponderação, demonstram bem os perigos proporcionados pela teoria da argumentação, recepcionado equivocadamente, pois desconsidera os procedimentos formais que Alexy estabelece e mistura a ponderação com o modelo de interpretação advindo da denominada jurisprudência dos valores. Em outras palavras, recorrer ao “relativismo ponderativo” obnubila o valor da tradição que serve como guia da interpretação, ou seja, a ponderação no Brasil dá condição de possibilidade à discricionariedade.

7. A teoria Axiológica dos princípios e o pluralismo dos valores

Em sua Essência, os princípios constitucionais são concebidos como valores dentro da concepção de Constituição adotada por Alexy, uma vez que tanto os princípios como os valores apresentariam um sentido normativo ao exigir critérios de aplicação. Quanto à estrutura, ambos seriam semelhantes ao ponto que apresentam preceitos

¹⁷ Caso muito criticado por Marcelo Cattoni, no texto: O caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

ao se analisar uma situação concreta em um primeiro momento. No mais, o constitucionalista alemão afirma o íntimo vínculo entre princípios e valores pelo fato de admitirem possibilidade de colisão e ponderação, tendo em vista que alguns deles não podem ser aplicados de forma absoluta a um só tempo. Não obstante, é admitido que a sua aplicação, seja do princípio ou do valor, seja realizada de forma gradativa e portanto, uma decisão pode realizar ambos ao mesmo tempo a medida que um cede ao outro de acordo com a proporcionalidade. Diante disso, segundo Alexy, pode haver reformulação dos enunciados do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre princípios em termos axiológicos, e sobre valores em termos principiológicos.

Ainda assim, o autor alemão segue a divisão estabelecida por Georg von Wright, afirmando haver uma importante diferença entre princípios e valores, uma vez que os conceitos práticos se dividem em três grupos: antropológicos, deontológicos e axiológicos. Os conceitos antropológicos se referem aos homens, no que tange a sua necessidade, vontade e ação. Quanto aos conceitos deontológicos e axiológicos, se divergem quanto a ideia no cerne deontico fundamental, pois, ao passo que o conceito axiológico possui a ideia de "bem", o conceito deontológico possui a ideia de "dever ser".

No entanto, a mesma estrutura é aplicada para valores e princípios tornando-os indiferentes, tendo em vista que a única diferença entre eles se caracteriza na ideia do que é melhor e do que é devido, respectivamente. Em detrimento disso, se ambos assumem uma natureza normativa, não há como diferenciá-los. Saliente-se, que desde o século XIX, tanto o Utilitarismo quanto a metafísica dos costumes de Kant baseiam-se na indiferenciação entre princípios e valores. No Utilitarismo, pensa-se o maximizar aquilo que é bom como dever. Kant por sua vez, afirma que tudo aquilo que é devido é bom, em outras palavras, tudo o que for desejado racionalmente, consubstanciado nas formulações do imperativo categórico.

De acordo com o constitucionalista alemão, norma é gênero subdividido em duas espécies: *deontológica* (regras e princípios) e *axiológica* (subdividindo-se, por conseguinte, em regras de valoração e valores, ou seja, critérios de valoração). Portanto, de qualquer forma, tanto os conceitos deontológicos quanto os axiológicos, estabelecem normas. Diante disso, no contexto deontológico os princípios assumem a mesma função dos valores no contexto axiológico, e as regras no contexto das normas deontológicas possuem papel análogo ao das “regras de valoração” das normas axiológicas.

No que tange à distinção entre regras e princípios, embora não seja incontestável, há um maior consenso. Segundo o teórico Americano, a distinção entre regras e

princípios tem uma natureza lógica e se dá a partir de dois fatores: O primeiro ocorre no fato das regras serem aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, é aplicável ou não. A regra prevê o que deve ser feito numa determinada situação. Já os princípios, não expõem consequências jurídicas que se seguem automaticamente diante das condições, apenas apontam uma direção para a qual deve seguir a decisão, no entanto, ainda assim precisa de uma decisão particular. No mais, os princípios apresentam uma perspectiva ausente nas regras - a perspectiva da importância. Uma regra deve ser aplicada toda vez que houver a realização do seu suporte fático, salvo haja exceção ou inteligência de princípio, uma vez que estes, podem assumir uma maior ou menor relevância no cenário da argumentação¹⁸.

O caráter deontológico dos princípios e axiológico dos valores caracteriza o único contraste decisivo entre princípios e valores. Diante disso, não é surpresa afirmar que os valores são relativos ao conceito de bem, e os princípios se referem ao dever ser, também conhecido por mandatos. Os princípios são mandatos de otimização e as regras deontológicas são mandatos absolutos, enquanto no plano axiológico, a diferenciação ocorre entre regras de valoração, que devem ser seguidas ou não, obstadas a ser objeto de ponderação, e valores, que podem ser objeto de ponderação.

Ao afirmar que os princípios são mandatos de otimização, sendo passíveis de ponderação como os valores, Alexy recorre a uma teoria monista acerca da natureza dos valores, a ponto de aceitar a ponderação como último critério possível de resolver o conflito entre valores e conflitos. Em outras palavras, ao final ambos são vistos de forma semelhante.

Quando há a colisão entre dois princípios, dentro da proporcionalidade um deve ceder ao outro, diante disso, ao tratar da colisão de princípios, a caracterização como mandato de otimização torna-se importante. No mais, se faz necessário usar a lei de colisão para decidir qual deve prevalecer, se caracterizando nos seguintes termos:

É necessário dar preferência (P) a um dos princípios (P1 e P2) que colidem, em face do outro, ocorrendo em detrimento das condições fáticas (C1) presentes no caso concreto, que oferece recursos a serem abstraídos pelo julgador de forma lógica na procura por uma resposta (R)¹⁹.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

No modelo de Alexy, no caso de colisão entre princípios, a estrutura da decisão judicial é a seguinte:

Na condição 01, o princípio 01 é preferível ao princípio 2, levando à resposta jurídica R. No entanto a preferência não é por completo, uma vez que deverá estar em concordância com o princípio da máxima proporcionalidade, o qual estrutura-se em torno de três balizas parciais: (i) o princípio da necessidade, pelo qual a decisão deverá buscar equilibrar os princípios da forma menos onerosa às partes envolvidas; (ii) o princípio da adequação dos meios aos fins; e (iii) o princípio da máxima proporcionalidade em sentido estrito, em conformidade com o qual os princípios são mandatos de otimização em relação às possibilidades jurídicas. A terceira baliza aplica-se a conjunturas jurídicas e as outras duas, a contextos fáticos. Conforme o sistema de Alexy, O julgador deve levar para o plano lógico as circunstâncias fáticas apresentadas no caso concreto e, a partir dessa ótica, verificar a adequada preferência dos princípios.

Sob um prisma lógico, essa concepção acerca dos princípios, sequer se sustenta. Em primeiro lugar, deve-se recordar de algo que os lógicos insistem desde Hume: princípios deontológicos não podem emanar sua aplicabilidade ou validade de condições fáticas, podendo incorrer em uma falácia naturalista. A insistência de Kelsen em distinguir ser e dever ser, se dá em razão disso, ao afirmar que um fato do mundo não pode fundamentar uma ordem jurídica²⁰. Ao atribuir condições fáticas para o domínio lógico-deontico onde um juiz deverá resolver um caso concreto, essa condição lógica é violada. Isso significa que o julgador deve levar em consideração as circunstâncias fáticas do caso a ser decidido em um plano cognitivo, de forma que essas circunstâncias não assumam um caráter deontológico. Os fatos apresentam o caso a ser resolvido, e em razão dele o julgador deverá procurar no ordenamento jurídico, as normas (regras e princípios) que podem ser aplicados para resolução da situação a ser decidida. São essas condições que delimitam e norteiam o julgador acerca das normas a serem utilizadas no processo de argumentação e justificação da decisão. No entanto, Alexy confunde a conjuntura do plano fático com as de ordem da lógica jurídica.

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

O teórico alemão consegue, inclusive, levar as condições fáticas ao âmbito lógico permitindo, de forma abstrata definir uma concepção jurisprudencial acerca dos princípios, com base no seguinte modelo: dadas as condições fáticas C1, C2, C3 e C4, P1 deve ser preferido a P2. E mais: se as mesmas condições forem expostas num caso posterior, a ordem de preferência deve ser mantida no novo caso concreto²¹.

No entanto, Alexy não responde se a ordem de preferência será alterada se, além de C1, C2, C3 e C4, for adicionada uma circunstância C5. Em detrimento disso, na medida em que se pode adicionar novas condições fáticas relevantes e não previstas, seu modelo seria irrelevante.

Alexy adota uma teoria ética monista, ao estipular a regulação da colisão entre princípios através da proporcionalidade, pois prescreve um princípio canônico de ordenação dos princípios constitucionais. Diante disso, é equivocada a tese de que a teoria utilizada a respeito dos valores é somente uma “teoria débil”. É uma convincente tese substantiva repleta de conjecturas filosóficas que necessitam de esclarecimentos. A priori, se faz necessário reconhecer o cunho meramente formal do princípio da proporcionalidade: Em relação a cada uma das três máximas parciais apenas requer diferentes procedimentos pertinente a cada.

Em outras palavras, o Constitucionalista alemão não assume uma teoria monista do Summum Bonnum, já que não prescreve a adoção de nenhum valor em particular. No entanto, a tese monista de existência de um princípio canônico que ordena os valores pode assumir uma concepção dependente de uma escala objetiva dos valores, como o Utilitarismo.

No Utilitarismo segundo John Stuart Mill, o princípio da maior felicidade assume a função de ordenar a graduação objetiva de valores, assumindo a responsabilidade de determinar qual valor deve ter preferência em caso de enfrentamento axiológico. A adoção de uma escala objetiva de valores é a primeira consequência da aplicação de um metaprincípio para regulação do conflito entre princípios constitucionais.

Faz-se necessário uma reflexão a respeito da legitimidade da concepção segundo a qual os princípios constitucionais são valores, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade a filosofia dos valores de Alexy *implícita* na tradição constitucional alemã, que busca a única saída viável para lidar com os embates originados de uma vida em sociedade marcada pelo fato de que as pessoas defendem diferentes perspectivas

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

de mundo, na unidade decorrente do compartilhamento de valores e, portanto, assumem-se diferentes valores.

No tocante à natureza dos princípios constitucionais, se torna ainda mais importante esse paradigma no contexto contemporâneo em que não há entendimento unânime sobre os valores relevantes na nossa vida social. As sociedades democráticas da contemporaneidade são pluralistas, não existindo valores substantivos comuns a todos os indivíduos e capazes de nortear a vida em uma perspectiva coletiva ou individual.

O problema principal de uma teoria dos princípios constitucionais que os defina como valores é a incapacidade de lidar com essa questão, uma vez que valores são predileções compartilhadas intersubjetivamente entre os indivíduos de uma cultura ou comunidade. Portanto, não é justificável tratar os princípios constitucionais a partir de uma teoria axiológica, haja vista que isso obrigaria um compromisso ético de todos os indivíduos.

Sendo assim, a escolha de um valor ou critério de decisão que hierarquize os valores de acordo com sua importância numa dada comunidade é um ato arbitrário. Nesse caso, é possível haver incompatibilidade do conjunto de valores escolhido com aqueles compartilhados pelos indivíduos, oportunizando uma exclusão social em razão dessa incompatibilidade.

Na medida em que vários povos adotam diferentes doutrinas religiosas, políticas e filosóficas, a sociedade pluralista encara seriamente as questões jurídicas e políticas no tocante à possibilidade de discussão. Diante disso, cada uma das comunidades que integram uma sociedade democrática plural utiliza diferentes critérios para a própria atividade da discussão pública e, até por uma coerência interna em sua sistemática de culturas distintas, ou crê na possibilidade de hierarquizar os princípios constitucionais de forma distinta para cada corpo social, ou podem não assumir uma hierarquia entre princípios, mas sim o pluralismo deontológico estrutural a ser posto em prática em situações concretas, em seios sociais onde certas pessoas consigam realizar uma distinção entre suas perspectivas políticas e a doutrina ampla.

Eis a razão que a proposição de uma constituição que acolhe o pluralismo deontológico de forma simples, como estrutura concreta de valores, é incompatível com uma sociedade de valores plurais que reconhece a liberdade e igualdade de seus membros. Se uma teoria reconhece uma hierarquia entre princípios alicerçado em algum critério, o debate público com outras teses que admite diferentes hierarquias deontológicas ou que o debate deve ser levado em razão dos argumentos expostos mais fortes a favor de considerações diversas não pode ser levado a sério. O risco da concepção axiológica está na

interrupção do debate acerca de uma prévia estrutura principiológica, potencializando-se ainda mais quando não há distinção efetiva entre princípios e valores.

8. A recepção da teoria da ponderação no novo CPC e a ameaça à autonomia do Direito

O texto do novo CPC tem muitos e expressivos avanços, no entanto há de se mencionar que há algumas incompatibilidades com o ordenamento jurídico á luz da democracia e da Constituição Federal, como é o caso do artigo 489, parágrafo 2º da Lei 13.105/2015, nos seguintes termos:

“§ 2. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

Diante disso, deve-se ressaltar que o direito se constitui em uma linguagem que adquire sua própria especificidade. Diante disso, se a lei afirma que três pessoas irão disputar uma *cadeira* no Senado Federal, é inviável pensar, pelo menos para algum jurista, que a disputa será travada sobre o móvel, mas sim acerca do cargo. Sendo assim, a palavra “*normas*” no texto acima, não pode ser lida como leis ou regras. Da mesma forma, a palavra “*ponderação*” não pode ser interpretada como simples análise.

Quando o legislador fala em “ponderação”, está se referindo à tradição interpretada pela recepção da ponderação da Teoria da Argumentação proposta por Robert Alexy. De fato, ao invocar uma colisão entre normas, o legislador referiu-se a isso, podendo acarretar graves consequências.

O novo CPC além de ter incorporado uma teoria temerária ao ordenamento jurídico pátrio, instituiu de forma equivocada ao estabelecer a *colisão entre normas*, o que poderá trazer maiores problemas ainda, uma vez que na linguagem jurídica, princípios e regras são normas. Logo, o que poderá haver de ponderação entre regras ou entre regras e princípios não possui limite.

Alexy elabora o conceito de validade do Direito a partir de uma conjugação dos componentes da legalidade de acordo com o ordenamento jurídico, eficácia social e, por fim, com uma correção material a qual é denominada de pretensão de correção.

Sendo assim, o ponto fulcral sobre a relação entre Direito e Moral em sua teoria, ocorre a partir da incorporação ao sistema jurídico, de direitos fundamentais, haja vista que concerne à enunciados com maior vagueza semântica que a das regras jurídicas. Ato contínuo, desenvolveu uma teoria dos direitos fundamentais tendo como uma de suas principais características, a noção de que em casos onde o litígio pode ser resolvido através da previsão de uma regra, a técnica da subsunção é aplicada; porém, devido às normas de direitos fundamentais terem uma abertura semântica, o autor complementarará o entendimento de que estes se tratam de princípios cuja natureza consiste em mandamentos de otimização, uma vez que podem colidir e, para resolução do conflito, o intérprete deverá recorrer a uma ponderação.

Através do que Alexy denomina de máxima da proporcionalidade, o sopesamento ou ponderação é o modo que o autor encontra para solucionar os conflitos jurídicos onde há colisão entre princípios, sendo um procedimento constituído por três etapas: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras tem o condão de esclarecer as possibilidades do plano fático, a última tem a responsabilidade de resolver as possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do próprio autor alemão o nome de lei da ponderação onde afirma que: “quanto maior for o grau de afetação de um princípio ou de não satisfação, tanto maior deverá ser a relevância da satisfação do outro”.

A partir disso, o autor elabora a sua “fórmula do peso”, uma equação representando a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e em razão dela permitindo a atribuição de graus de intervenção a cada um dos princípios por parte dos intérpretes, a fim de estabelecer a prevalência de um em razão do outro. A resposta alcançada pela ponderação resulta em uma norma de direito fundamental atribuída que, como fruto da resolução dessa colisão, torna-se uma regra aplicada através da subsunção ao caso concreto, servindo como parâmetro para solução de outros casos. Aliás, sempre haverá subsunção nos termos da teoria de Alexy, tanto em casos fáceis, em casos difíceis, quando ao final também é uma regra atribuída a ser aplicada por subsunção. No entanto, o próprio teórico admite que os direitos fundamentais não são suscetíveis de serem refinados logicamente de forma suficiente para excluir impasses, admitindo assim, que de fato há certa discricionariedade ao interpretar, tanto do Poder Legislativo como do Judiciário, para chegar ao resultado do impasse.

Ao refutar a objeção de que a ponderação é um procedimento realizado de maneira precipitada, consistindo em uma “fórmula vazia”, o constitucionalista sustenta que embora a ponderação não determine um parâmetro pelo qual se acabe com a

discrecionariiedade, oferece um preceito racional ao fazer uma associação entre a lei de colisão e a teoria da argumentação jurídica racional, a qual inclui uma teoria da argumentação prática geral. Essas considerações fazem com que Alexy reconheça uma teoria do discurso jurídico tanto analítica como normativa, tendo em vista que não se limita à análise formal da disposição lógica das premissas em questão.

Diante disso, haja vista que a argumentação jurídica submete-se a argumentos do discurso prático geral, nunca será possível eliminar integralmente a sua incerteza, ainda que ocorra mediante condições que elevam seus resultados de maneira considerável. Ainda segundo Alexy, a racionalidade da argumentação jurídica, é sempre relacionada à racionalidade da legislação na proporção em que é determinada pela lei, encontrando seus contornos no plano de um ordenamento jurídico que presume como válido uma concepção de Direito relacionado a uma Moral que atua como tentativa de correção de maneira a impedir situações de injustiça.

Portanto, aparentemente a ponderação a qual o novo Código de Processo Civil propõe, está em desconformidade com a proposta de Robert Alexy, bem como a inventada originalmente por Philippe Heck no início do século XX. O aludido parágrafo 2º é temerário ao Estado Democrático de Direito uma vez que abre margem para a discrecionariiedade, tendo em vista que ao seu livre arbítrio, o julgador poderá utilizar-se da ponderação como álibi teórico para decidir conforme a sua consciência sem aplicar a lei prevista para o caso. O dispositivo poderá servir como instrumento para escolher quem tem razão, pois, havendo um possível conflito entre normas poderá decidir, ponderando, contra a Constituição e a lei.

9. Considerações Finais

Após a segunda guerra mundial o Positivismo se tornou temerário às bases fundamentais da regulação social dentro de um ordenamento jurídico, propondo-se para isso o pós-positivismo, devendo ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política.

A Constituição, nos moldes construídos no interior do neoconstitucionalismo, é a manifestação desse grau de autonomia do direito, ou seja, deve ser entendido como a sua perspectiva autônoma face às outras dimensões com ele

intercambiáveis, como a política, a economia e a moral, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra.

Essa autonomia do Direito é entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido com viés e que institucionaliza essa e outras dimensões com ele intercambiáveis. Em consequência disso, a jurisdição constitucional assume um importante lugar no Estado Democrático de Direito, devendo ser compreendido no âmbito de um novo traço assumido pelo Direito no paradigma atual, o qual incorpora as premissas não cumpridas da modernidade.

Para se efetivar a Constituição, necessário instituir seus preceitos fundamentais em cada uma de suas vertentes, e razão disso, se formou uma linha teórica denominada Neoprocessualismo. A relação entre a Constituição e Processo ocorre de maneira indireta, quando dá azo ao legislador prever regras processuais típicas para a concretização da norma jurídica em um caso concreto pelo julgador, no intuito de tutelar de forma distinta determinado bem jurídico ou categoria de sujeitos conforme a Constituição; e direta, quando a Lei Fundamental determina quais as garantias e direitos fundamentais, estabelece instrumentos formais de controle de constitucionalidade, ou ainda, ao estruturar as instituições basilares para realizar a justiça. Ocorre indiretamente.

O novo Código de Processo Civil foi criado sob a influência do neoprocessualismo, que inseriu diversos institutos constitucionais na nova lei. No entanto, no âmbito da decisão, foi inserido de forma equivocada no artigo 489, §2º do NCPC, visando a ponderação caso haja conflito entre normas, consistindo em uma clara positivação da teoria de ponderação de Alexy.

A teoria não é adequada para o ordenamento jurídico brasileiro, pois abre margem para a discricionariedade ao apresentar uma fórmula similar tanto para a ponderação dos princípios como dos valores, não obstante o julgador de utilizar-se da fórmula para ratificar valores no âmbito da decisão. Pior ainda, foi o texto da nova lei que inseriu a teoria, uma vez que não é possível haver uma ponderação entre normas, haja vista que tanto princípios como regras são normas.

Portanto, incoerente prever a ponderação da forma que foi inserida na lei sancionada, pois nada obsta a sua utilização como um alibi para decisões conforme valores inerentes ao julgador, limitando a aplicação de normas instituídas democraticamente à luz da Constituição, destituindo a sua força normativa.

10. Referências

ALEXYY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março 2009, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. acesso em 26.06.2015.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Curso de Introdução Ao Estudo do Direito. Coimbra: Sebenta, 1976.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Escola da exegese, In: Digesta, v. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 1995, n. 2.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal In: CATTONI, Marcelo. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Requiem para uma Constituição. Revista Trimestral de Direito Público, n. 20, 1997.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans- Georg. Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I)

HART, Hebert L. A. O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

RIPERT, Georges. O Regime Democrático e do Direito Civil Moderno. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1937, p. 13.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 15 n.1, pp. 158-173/jan-abr 2010.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbelini. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. (v. 2)