



Licenciado sob uma licença Creative Commons
ISSN 2175-6058
DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v24i1.2074>

DA PONDERAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O ARTIGO 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

OF WEIGHTING: A STUDY ON ARTICLE 489, § 2, OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

Fábio Lopes Alfaia
Eduardo Rocha Dias
Jean Carlos Pimentel dos Santos

RESUMO

O artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil previu expressamente a utilização da ponderação ou balanceamento como meio de solução de conflitos não apenas entre princípios, mas igualmente envolvendo regras, permitindo-lhe um enquadramento dogmático e teórico que foge à sua tradicional compreensão como terceira etapa da aplicação do princípio da proporcionalidade na seara dos direitos fundamentais. Impõe-se compreender, nesse contexto, a espécie de norma jurídica pela qual se poderia enquadrar a ponderação bem como sua compreensão como meio de solução de conflitos entre princípios (proporcionalidade em sentido estrito ou *balancing*) e como meio de aplicação de uma regra (derrotabilidade ou *defeasibility*), estabelecendo como forma de realização da legalidade, coerência e justificação dos provimentos judiciais. Eminentemente descritivo e avaliativo, o presente trabalho apresenta uma visão não necessariamente nova sobre este por vezes controverso instituto, inadvertidamente alçado à condição de fonte primária do Direito e como meio de solução de conflitos como um todo.

Palavras-chave: Ponderação. Proporcionalidade em sentido estrito. Derrotabilidade.

ABSTRACT

Article 489, § 2, of the Civil Procedure Code expressly provided for the use of weighting or balancing as a means of resolving conflicts not only between principles, but also involving rules, allowing for a dogmatic and theoretical framework that is beyond its traditional understanding, as a third step in the application of the principle of proportionality in the field of fundamental rights. It is important to understand, in this context, the kind of legal norm by which weighting could be framed, as well as its understanding as a means of resolving conflicts between principles (proportionality in the strict sense or balancing) and as a means of applying a rule (defeasibility), establishing as a way of realizing the legality, coherence and justification of judicial provisions. Eminently descriptive and evaluative, the present work presents a vision not necessarily new about this sometimes controversial institute, inadvertently raised to the condition of primary source of Law and as a means of conflict resolution as a whole.

Keywords: Weighting. Proportionality in the strict sense. Defeasibility.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a realização de estudo sobre a ponderação ou balanceamento, enquanto espécie de norma jurídica expressamente prevista no artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil, pelo qual se permite seu enquadramento teórico não necessária e tradicionalmente adstrito à terceira etapa de solução de conflitos entre princípios na seara de direitos fundamentais na aplicação do princípio ou postulado da proporcionalidade.

Tal análise dar-se-á sob os postulados da ideologia do positivismo jurídico e da teoria da norma jurídica de Humberto Ávila, bem como, valendo-se dos métodos descritivo e avaliativo, pautando-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Ambiciona situar a compreensão e as possibilidades da ponderação ou balanceamento como uma contraposição ou conjugação de razões, bens e valores, de modo a chegar à solução mais adequada ao caso concreto, apresentando como forma de realização da legalidade, coerência e justificação interna dos provimentos judiciais.

Nesse sentido, impõe-se primeiramente o estudo discriminado do dispositivo legal introduzido pelo legislador, com o resumo e a identificação de suas constatações fundamentais.

Em seguida, proceder-se-á à apresentação de seu tradicional entendimento como meio de sopesamento entre princípios (*balancing* ou proporcionalidade em sentido estrito) e do conceito proposto como meio de conjugação de premissas que podem levar ou não à aplicação de uma regra (derrotabilidade ou *defeasibility*).

Trata-se de tentativa legítima de compreender a aplicabilidade de uma técnica de hermenêutica alçada a norma jurídica de inarredável uso pelos intérpretes autênticos e demais agentes do sistema jurídico brasileiro, em observância ao Direito como prática de prudência e não somente enquanto ciência.

DA PONDERAÇÃO COMO POSTULADO: O ARTIGO 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O vigente Código de Processo Civil previu hipótese específica para o caso de conflitos positivos ou negativos entre normas, o que se adéqua perfeitamente ao espírito da nova legislação, preocupada em manter a unidade do direito. Tal dispositivo é de grande relevância para um ordenamento jurídico que, cada vez mais, depara-se com situações de excesso ou deficiência normativa e, além disso, possui um judiciário que se vê obrigado a decidir mesmo nessas situações. Nitidamente, o dispositivo parte de uma concepção de direito e de decisão bastante utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a ponderação foi apresentada ao direito brasileiro como técnica de solução de colisões entre princípios. Assim, a metodologia excepcional empregada pelo Supremo Tribunal Federal para o julgamento dos chamados *hard cases* passa a ser a regra para a solução de eventual conflito entre normas. Vale dizer, portanto, que a função do STF, bem como a de todo o Poder Judiciário, sofre alteração substancial por força do art. 489, § 2º, do referido diploma legal.

Tradicionalmente compreendida como técnica de interpretação jurídica, em especial na solução de conflitos entre normas de espécie

princípios na terceira etapa da metodologia hermenêutica da proporcionalidade (3ª submáxima ou “proporcionalidade em sentido estrito”), como a escolha sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo (BONAVIDES, 2012, p. 411), a ponderação foi expressamente prevista no parágrafo segundo do artigo 489 do Código de Processo Civil (vigente desde 2016), com a seguinte redação:

Art. 489 (*omissis*)

§ 2º 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 dessa previsão legislativa impõem-se três constatações.

A primeira e imediata constatação reside no *status* de norma conferido à ponderação. Não mais considerada tão somente uma técnica ou espécie de interpretação, não se tem dúvida de sua condição de norma jurídica – ao menos sob o enfoque analítico do positivismo jurídico¹ – enquanto produto de fatos sociais e, mais restritivamente, do manejo por intérpretes autênticos e a partir de textos normativos primários ou enunciados linguísticos dotados de autoridade legislativa, originando a norma jurídica e a norma de decisão conforme o caso. As normas são o resultado por excelência desse texto ou textos, e um texto normativo pode conter muitas normas, nenhuma norma ou uma única norma (SGARBI, 2013, p. 55)

Com efeito, interpretam-se os textos jurídicos e, a partir deste empreendimento cognitivo, constroem-se as normas, produtos por excelência dos intérpretes e, muito particularmente, dos juízes como intérpretes autorizados nos sistemas romano-germânicos (SGARBI, 2013, p. 56-57).

A partir do texto, o intérprete constrói as normas tomando como base de compreensão elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-ser), mas também elementos extraídos da realidade e do caso ao qual serão aplicadas (mundo do ser), o contexto em que se dá interpretação,

o momento histórico em que ela se dá. Em suma, interpretam-se os fatos (GRAU, 2021, p. 48).

Por outro lado, observe-se que os enunciados normativos, em sua linguagem natural e como elemento da qual se extraem as normas, malgrado possuam um núcleo duro de certeza e sobre o qual não há nenhuma dúvida quanto a seu referente (*core of meaning*), acarretando direta e incontroversa aplicação, observância e imposição de seus termos, não podem resolver tudo.

Em sendo moldados pela linguagem, têm uma “textura aberta” (*open texture*) ou “zona de penumbra” e não poucas vezes apresentam-se vagos e confusos sobre o que ordenam, proíbem ou autorizam em casos problemáticos (ALFAIA, 2020, p. 41).

Conforme coloca H.L.A. Hart (2007, p. 140-141):

É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhe sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”.

E arremata (2007, p. 148):

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso

A textura aberta da norma é reflexo da textura aberta da linguagem e essa indeterminação se afigura não apenas ao exame em si dos enunciados

semânticos, mas igualmente no momento de sua aplicação a fatos ou objetos apresentados pela “vida real”, a qual mesmo estabelece diversas significações que podem ser identificadas e extraídas pelo intérprete. Texto e norma, portanto, não se confundem (ALFAIA, 2020, p. 44).

Sob tais considerações e seguindo-se aqui a teoria do modelo tripartite de normas jurídicas de Humberto Ávila, a ponderação pode ser bem compreendida na categoria de postulados, definidos como “*instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo*” (ÁVILA, 2019, p. 96). Os postulados normativos estabelecem diretrizes metódicas que estruturam a interpretação e a aplicação de regras e de princípios com rígida racionalidade, fornecendo critérios bastante precisos para tanto (ALFAIA, 2020, p. 247).

Sem o uso ou o seguimento destas circunstâncias metódicas e fáticas pelo intérprete, o resultado do processo intelectual interpretativo torna-se ilegítimo, mesmo impossível. É de rigor conferir juridicidade a estas condições na busca da institucionalização e da objetividade da tomada de decisão pelo intérprete autêntico do Direito. Não poderia ser diferente com o postulado da ponderação.

Seguindo-se a classificação empreendida por Ávila, pode-se identificar postulados normativos hermenêuticos e aplicativos, inserindo-se a ponderação nesta segunda espécie. Deve ser entendida como norma a estabelecer as condições que implementam a compreensão concreta do Direito. Situa-se no plano da aplicação do Direito e incidentes para solucionar questões no curso desta atividade.

Nesse ponto, Humberto Ávila (2019, p. 187) propõe, como etapas para fins de operacionalização da ponderação, de forma sucessiva, que (i) sejam analisados todos os elementos e argumentos inerentes e decorrentes do conflito sob análise (“preparação da ponderação” ou *Abwägungsvorbereitung*), (ii) seja fundamentada a relação entre os elementos sopesados, indicando-se, no caso de princípios, a relação de primazia entre um e outro (“realização da ponderação” ou *Abwägung*), e (iii) sejam formuladas as regras de relação entre os elementos sopesados, de modo que sejam aplicáveis a outros conflitos similares (“reconstrução da ponderação” ou *Rekonstruktion der Abwägung*).

Apresenta-se, por conseguinte, a ponderação como uma norma jurídica contingente e não necessária, surgindo circunstancialmente diante de cada caso concreto, conforme a casuística do conflito (ALFAIA, 2020, p. 249), entendimento este que permite uma segunda constatação.

Como norma jurídica a impor o manejo racional dos provimentos jurisdicionais – sejam sentenças, decisões interlocutórias ou meros despachos que necessitem de motivação – no que se refere à fundamentação, o postulado da ponderação se apresenta como um instrumento legislativo posto para a realização da legalidade, coerência e justificação interna dos aludidos atos.

Nesse ponto, a legalidade, a justificação e a coerência interna refletem-se na atividade intelectual interpretativa que se serve dos instrumentos tecnológicos (técnicas de interpretação e de integração) que diferenciam substancialmente o julgamento jurídico de um julgamento moral (ALFAIA, 2020, p. 153). Estabelece-se a dinâmica a ser realizada entre os fatos expostos pelo conflito sob análise (premissa menor ou enunciados de fato) e as normas jurídicas aplicáveis ao mesmo (premissa maior ou enunciados normativos).

De modo a refletir de tal maneira, a legalidade de fundo da decisão jurídica, pode ser identificada como o que é nominado por Michele Taruffo (2015, p. 387) como o “conteúdo mínimo essencial da decisão” ou justificação de primeiro grau, a qual compreende:

1) a afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da: individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto, consequências jurídicas daí derivadas; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados, segundo o esquema $(F \rightarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$; 3) a justificação de cada um dos enunciados a partir dos critérios de juízo segundo os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas.

Nessa vertente, para que o processo interpretativo seja o mais racional e controlável possível, é preciso que se identifique, em qualquer caso, exatamente quais as finalidades jurídicas em jogo e circunstâncias fáticas presentes ou não, e de que modo esse complexo fático-jurídico

contribui para a solução do caso concreto (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2023, p. 619).

Deverá ser atingida a finalidade imediatamente descritiva e mediamente finalística das regras ou a finalidade de adequação ao estado finalístico e mediamente descritivo estipulado pelos princípios, e atingidas estas finalidades, a decisão jurídica terá preenchido sua legalidade de fundo, conformando e delimitando os termos do discurso jurídico conflitivo internalizador de expectativas e buscando a pacificação social.

Nesse ponto, o precedente exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de n. 1.765.579/SP², converge para tal finalidade e considerações acima, ao dispor que o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil “*estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial*” e sem implicar sejam ignorados outros critérios de resolução de antinomias e técnicas de aplicação do Direito porventura aplicável.

No precedente em questão, a parte recorrente, Sociedade Beneficente Muçulmana, moveu ação no âmbito da justiça estadual paulista contra o Google por suposta ofensa à liturgia religiosa islâmica no vídeo do funk “Passinho do Romano”, publicado no YouTube, por citar trechos do Alcorão.

No respectivo caso, efetuando-se a ponderação entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas, dois princípios constitucionais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu não haver ofensa e rejeitou o pedido de indenização civil e de retirada do vídeo.

Em sede de recurso, a parte recorrente alegou que o Tribunal paulista violou os arts. 1.022 e 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, vez que não teria enfrentado todos os argumentos expostos pela parte autora e tampouco observado os critérios previstos na lei processual no que tange à técnica de ponderação em caso de conflito entre normas (MIGALHAS, 2019).

Em análise, o Superior Tribunal de Justiça considerou a ponderação como um instrumento legislativo contingente para resolução de conflitos de normas jurídicas, mas não necessariamente impositivo, vez que não afasta outros meios ou técnicas de resolução similares (subsunção, analogia, *v.g.*).

Faz-se relevante destacar que por envolver o conflito entre princípios constitucionais, o Tribunal Superior não examinou *per se* o mérito da

ponderação realizada, cuja competência para julgamento caberia ao Supremo Tribunal Federal.

Superado esse ponto, a terceira constatação revela-se face à genérica previsão do parágrafo segundo do citado artigo 489 do Código de Processo Civil – fala-se em “colisão entre normas” e não entre “regras” ou “princípios” – e aceitando-se seu entendimento como postulado normativo aplicativo, dogmaticamente a ponderação estruturaria a aplicação tanto de regras quanto de princípios, permitindo-se verificar os casos em que se verifica violação aos mesmos (ÁVILA, 2019, p. 176).

Ora, em apresentando-se como norma ou como método destinado a atribuir pesos a elementos sobre bens, valores e razões, que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento e despida de critérios formais ou materiais (ALFAIA, 2020, p. 251), a ponderação manifesta-se mediante uma relação de precedência condicionada e tendo ou buscando ter como resultado a criação da norma do caso concreto (XEREZ, 2014, p. 171), seja ela um princípio, seja ela uma regra.

De fato, apresenta-se a ponderação como elemento do procedimento de interpretação/aplicação de normas conducente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão, visando obter critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens (CANOTILHO, 2003, p. 1.237). A ponderação resta melhor compreendida como uma regra normativa a qual determina o peso relativo de cada lado da escala de bens, valores e razões e quais seriam mais “pesados” ao final da escala empreendida (BARAK, 2012, p. 348).

A ponderação pode ser vista aqui essencialmente como uma norma jurídica concretizadora da ideia de equidade, devendo ser aqui compreendida, tomando-se por base no âmbito da filosofia aristotélica, como a busca da melhor solução ao caso concreto, como um corretivo da justiça legal. Como nem todas as hipóteses são abarcadas pelo legislador, haverá sempre uma minoria de casos não abarcada pela lei, o que não a torna menos correta. Com efeito,

A falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. O equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica. (ARISTÓTELES, 1999, p. 110).

Trata-se aqui da noção aristotélica de justiça corretiva, usada para resolver disputas e punir infratores, suprimindo as lacunas da lei e com a devida atenção à correta descrição das diferenças e diferenciações qualitativas em termos do valor das diferentes partes do Estado, e ainda que este seja uma comunhão (ou confraternidade) unida por um objetivo comum e por uma ação comum, é formado por membros dessemelhantes, funções e políticas distintas e diferentes modalidades de vida e padrões de excelência (MORRISON, 2012, p. 57).

Estas considerações remetem imediatamente à ideia de que a interpretação é uma prudência e não ciência, devendo ser tida como algo próprio do homem prudente, aquele capaz de deliberar sobre o que é bom e conveniente para si próprio, mas não sob um aspecto particular, porém para aquelas coisas que conduzem à vida boa em geral (GRAU, 2021, p. 63).

Desse ponto, decorre igualmente a noção de que problematizar textos normativos opera-se no campo da prudência e não da ciência, expondo o intérprete autêntico ao desafio daquela e não desta (GRAU, 2021, p. 65). Não cabe falar de “ausência de respostas” – uma conclusão perfeitamente possível no âmbito da ciência – mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão a serem enquadradas na mesma moldura ou no mesmo suporte fático.

Bem colocadas as considerações de Eros Roberto Grau (2021, p. 65):

Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.

Nesse ponto, a contraposição entre as zonas de certeza e de penumbra define o tipo de norma a ser extraída do manejo do enunciado linguístico dotado de autoridade normativa. Enquanto no caso de uma zona de certeza, antecipa-se o tipo de colisão e o modo de aplicação de uma norma, na zona de penumbra, a indeterminação quanto ao grau de especificidade ou generalidade, precisão ou vagueza da norma fará com que o tipo de colisão e o modo de aplicação, isto é, como regra ou como princípio³, apenas sejam revelados após o confronto com outras normas e/ou com o fatos determinantes do caso concreto (VALE, 2009, p. 115).

A conjunção da dimensão estrutural do enunciado normativo com a dimensão factual definirá não apenas a norma aplicável ao caso, mas igualmente impõe a adoção de mecanismos adequados para sua devida solução do caso concreto. Um vínculo dúctil entre a estrutura da norma e sua função na interpretação e na argumentação jurídica (VALE, 2009, p. 115).

Conforme coloca André Rufino do Vale (2009, p. 115):

Em todo caso, definir se uma norma constitui (deve ser aplicada como) uma regra ou um princípio é questão de interpretação, muitas vezes manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto.

Não pode a ponderação ser, portanto, compreendida como técnica hermenêutica e tampouco como norma jurídica da espécie postulado a solucionar apenas conflitos entre princípios, mas, como método ou postulado normativo aplicativo próprio para a solução de conflito ente normas nos chamados “casos difíceis”⁴; deve ser tida como instrumento próprio para o manejo ou sopesamento de bens, valores ou razões em sua acepção mais genérica possível, envolvendo tanto o conflito entre regras

quanto entre princípios ou, melhor, o conflito entre os bens, valores e razões consubstanciados nesta espécie normativas construídas a partir do empreendimento intelectual do intérprete autêntico, buscando a solução mais justa ou equitativa conforme a casuística do conflito.

Conforme coloca José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.237):

Aqui o **balancing process** vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à ideia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um *significado normativo* ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento situa-se a jusante da interpretação.

No que é complementado por Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 311), discriminando seu entendimento quanto à forma de regência da aplicação de regras e de princípios – ponderação como técnica de decisão:

A retórica ponderativa, nessa hipótese, é utilizada de modo a conduzir a uma solução abstrata, dando forma a categorias e definições que passam a ser tidas como critérios orientadores para decidir todas as situações posteriores em que se apresentem conflito entre os bens e os interesses em questão. Assim, trata-se de um tipo de ponderação que, uma vez efetivada, dá lugar a uma solução válida para resolver os demais casos em que os mesmos interesses “ponderados” entrem em choque. Ou seja, são ponderações que estabelecem o desenho normativo que há de orientar a solução das futuras controvérsias, as quais não serão decididas com o emprego de novos sopesamentos, mas sim mediante subsunção direta dos fatos às categorias formuladas a partir do precedente.

Sob tais considerações, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais ou como espécie de norma jurídica, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (ÁVILA, 2019, p. 186). O balanceamento é ubíquo no Direito (GLOECKNER, 2012, p. 149), e esta ubiquidade se apresenta no constante conflito entre bens, valores e razões justificáveis ou não conforme o suporte fático posto e apreciado, resultando em conflitos entre princípios ou mesmo entre regras, forma de manejo ao qual foi conferido dignidade normativa.

Nesse viés, demonstram-se pertinentes as colocações de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel e Mitidiero em comentário ao artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil (2023, p. 619):

Não é incomum que diferentes princípios apontem para finalidades opostas ou de algum modo colidentes que devem ser ao mesmo tempo promovidas. Não é incomum igualmente, dada a defectibilidade das regras, que ocorram situações em que a aplicação da regra geral ao caso particular não se harmoniza com o fim para o qual a regra foi em tese pensada. Em outras palavras, não é incomum a existência de exceções implícitas às regras (*defeasibility*). Em todas essas situações, é preciso estruturar a interpretação normativa com outras normas, destinadas justamente a estruturar a aplicação racional dos princípios e das regras. São os chamados postulados normativos.

As formas conforme se apresentam e se estruturam essa aplicação racional de regras e de princípios serão vistas a seguir.

DA PONDERAÇÃO COMO SOPESAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS (*BALANCING* OU PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO)

De concepção germânica, o postulado⁵, princípio ou regra da proporcionalidade estendeu-se à Europa – incluindo os antigos estados comunistas da Europa Central e Oriental – e a Israel. Foi absorvido nos sistemas jurídicos da *Commonwealth* (Canadá, África do Sul e Nova Zelândia), chegando ao Reino Unido através do Direito Europeu e hoje aos sistemas jurídicos da América Central e da América do Sul. Desde o final dos anos 1990, praticamente todos os sistemas de jurisdição constitucional vigentes no mundo, com a exceção parcial dos Estados Unidos, haviam aceitado os postulados básicos da análise da proporcionalidade (SWEET; MATTHEWS, 2013, p. 11-12).

Trata-se de uma regra (ou norma) de interpretação e de aplicação do Direito – geralmente estudada e manejada na seara de interpretação e aplicação de direitos fundamentais – empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica por outro lado a restrição

de outro ou outros direitos fundamentais. Busca, desse modo, que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. Em suma, uma restrição às restrições (SILVA, 2002, p. 24).

Constatarem a doutrina e a prática institucional a existência de três elementos, conteúdos parciais, subprincípios ou submáximas que regem a composição deste princípio ou postulado (BONAVIDES, 2012, p. 409). Na forma desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, estes elementos compõem uma estrutura racional, aplicando-se de forma independente e em uma ordem pré-definida, conferindo à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade (SILVA, 2002, p. 30).

O primeiro é o subprincípio da adequação ou da idoneidade (*Geeignetheit*), pelo qual se examina a adequação, a conformidade ou validade do fim, isto é, que a medida ou norma seja suscetível de atingir o objetivo escolhido. Verifica-se a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão a nortear essa intervenção seja satisfeita com a restrição que se dará sobre o outro princípio afetado. Se um meio não serve para atender um fim exigido por um princípio e afeta as possibilidades de realização de outro princípio, está proibido, porque frustra, sem proveito para o primeiro princípio, a vocação do segundo à máxima “satisfação possível” (BRANCO, 2009, p. 171-172).

Virgílio Afonso da Silva observa que este subprincípio, tal qual estudado e aplicado nos direitos estadunidense e brasileiro, confunde-se com o princípio ou postulado da razoabilidade ou devido processo legal substancial (artigo 5º, LIV, Constituição da República), entendida como a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins (2002, p. 32-33), asseverando-se que este conceito muitas vezes vem nominado como o princípio da proporcionalidade na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal⁶, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*), pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja; para ser admissível, a medida precisa ser necessária (BONAVIDES, 2012, p.

410). Deve ser preterido o meio mais intrusivo sobre o princípio a ser afastado ou atingido, como mais danoso quando comparado a outro meio apto para obter resultados iguais.

Este elemento se apresenta como um exame essencialmente comparativo, conduzindo ao exercício prático consistente em avaliar se as duas medidas cotejadas apresentam ou não a mesma idoneidade para alcançar o fim almejado. Necessário apurar se ambas as medidas contribuem em igual magnitude para o objetivo, no que se refere a torná-lo mais provável, se o atendem numa mesma escala e com equiparável rapidez de resultado (BRANCO, 2009, p. 175).

Em suma, em servindo todas as medidas igualmente aptas à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo o elemento da necessidade ser nominado como o princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des midesten Mittels*) (BONAVIDES, 2012, p. 410).

Exemplo da análise deste elemento se verificaria no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 9-6/DF⁷, na qual foram analisadas as medidas de racionamento de energia previstas nos artigos 14 a 18 da Medida Provisória n. 2152-2, tendo-se apreciado a idoneidade das medidas governamentais como menos gravosas se comparada a outras alternativas, o que é da essência da necessidade (SILVA, 2002, p. 39).

O terceiro elemento ou subprincípio vem a ser o da proporcionalidade em sentido estrito, consistindo em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito atingido e a importância do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (SILVA, 2002, p. 40). Não basta a escolha do meio adequado e necessário, sendo de rigor que a escolha recaia sobre o meio ou os meios que, conforme a casuística do conflito, levem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo.

Ora, quando dois princípios válidos colidem, apresentam-se duas ordens de otimização inconciliáveis entre si: a satisfação de um princípio faz-se às custas do outro. Impõe-se, pois, apurar qual dos dois princípios tem mais peso no caso concreto. Está determinada, então, a ponderação (BRANCO, 2009, p. 177).

Assevere-se que efetuar a ponderação não implica a não realização de um princípio ou de um direito fundamental, isto é, ao mesmo tempo

em que não se exige que o princípio ou o núcleo essencial do direito fundamental sejam plenamente atendidos ou que o princípio ou direito fundamental contrapostos sejam efetiva ou completamente restringidos. Basta que, na operação de balanceamento, o princípio prevalecente tenha peso suficiente para realizar-se ou justificar a restrição do outro. Uma medida que não tenha esse peso será considerada desproporcional.

O juízo de ponderação deverá percorrer três etapas (BRANCO, 2009, p. 178-181):

- A) Em um primeiro momento, deverão ser apurados os “pesos” dos princípios, o que será feito em uma dimensão abstrata (importância material *prima facie* do princípio no sistema constitucional) e em uma dimensão concreta (relevância do princípio no caso em análise);
- B) Em seguida, deverá ser definida em que os princípios em confronto são afetados no caso concreto e conforme o quadro de argumentação exposto; e
- C) Por fim, verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não satisfação do outro. O princípio a que reconhecer-se maior peso terá transformada em concreta e definitiva a sua aplicação *prima facie* conforme a casuística do conflito.

Nesse ponto, o jusfilósofo alemão Robert Alexy desenvolveu uma fórmula do peso no epílogo de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, partindo de uma escala triádica dos pesos a serem conferidos tanto ao direito afetado como às razões para nele operar-se a interferência, classificando-se os pesos como leves, médios ou graves. O peso de cada princípio é relativo, medindo-se a sua importância na contraposição ao princípio que com ele disputa a primazia no conflito em apreço.

Haverá, portanto, desproporção se a importância concreta do princípio que orienta a intervenção for menor do que a intensidade da intervenção sobre o princípio em contrário.

Conforme explica Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 181):

Na equação descrita por Alexy, classifica-se como leve, médio ou grave o grau de não satisfação de um princípio, conforme a intensidade da intervenção sobre ele no caso concreto. Da mesma forma, a importância dos

princípios relevantes pode se situar como leve, média ou alta. Alexy sustenta que a grandeza dos princípios deve ser vista como em abstrato e aponta que esses dois pesos, abstrato e concreto, de cada princípio integram-se a cada termo da fórmula de ponderação que ideou.

Alexy desenvolve aqui três “leis da ponderação”, quais sejam: A) *“Quanto mais alto o grau de satisfação ou de prejuízo a um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”* (lei material da ponderação); B) *“Quanto mais intensa for uma intervenção a um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”* (lei epistêmica da ponderação); e C) *“Os princípios formais procedimentais podem prevalecer sobre os princípios jusfundamentais materiais somente quando estão ligados a outros princípios materiais”* (lei da conexão).

Uma crítica muito recorrente à ponderação entre princípios é que não se elimina a discricionariedade judicial. Pelo contrário, tanto que Riccardo Guastini coloca que a ponderação implica de fato um duplo juízo de discricionariedade. É uma operação discricionária a criação de uma hierarquia entre os princípios em conflito, bem como é uma operação igualmente discricionária a mudança do valor comparativo dos princípios conforme a casuística do conflito (GUASTINI, 2010, p. 91).

A própria prática institucional brasileira confirma estas críticas, tomando-se aqui por exemplo o precedente representado pelo *Habeas Corpus* n. 82.424/RS⁸ (Caso *Ellwanger*), certamente um dos mais importantes julgados da história do Supremo Tribunal Federal e que dividiu doutrina e opinião pública (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 151). A análise dos votos identificou o mesmo uso da técnica da ponderação pelo Ministro Marco Aurélio Mello (que votou pela concessão do *Writ*) e pelo Ministro Gilmar Mendes (que votou pela denegação do *Writ*), tendo chegado a conclusões diametralmente opostas.

A ponderação entre princípios pode estabelecer um caminho mais tortuoso, mesmo que técnico, para suprir a discricionariedade judicial, mas não a elimina. No fundo, trata-se de uma técnica afeita a um profundo ceticismo na teoria, não havendo padrões racionais ou dogmáticos que expliquem o porquê de determinados pesos a determinados princípios,

seja de acordo com os padrões tradicionais, seja de acordo com certas hierarquias, não se podendo falar, sem algum esforço retórico, em uma forma racional de argumentação (GLOECKNER, 2012, p. 149).

Não por acaso, conforme asseveram Alex Stone Sweet e Jud Mathews, defender-se a ponderação na terceira etapa da proporcionalidade traz à luz, ao invés de ocultar, o legislador positivo de Kelsen, no que se refere a uma Corte garantidora e protetora dos direitos. Na medida em que os juízes busquem realmente soluções ótimas de Pareto (a fase de necessidade) e realmente busquem cumprir a lei da ponderação (a fase final da ponderação), o princípio ou postulado da proporcionalidade restará menos vulnerável à acusação da ausência de critérios racionais, não sendo mais que um meio para camuflar sem restrições as decisões políticas do Poder Judiciário (SWEET; MATHEWS, 2013, p. 51).

José María Rodríguez de Santiago lembra que a ponderação ingressa no discurso jurídico no âmbito do Direito Público por meio da afirmação da chamada vertente objetiva dos direitos fundamentais (2000, p. 22-23), contraposta à visão subjetiva, individual e liberal clássica dos direitos fundamentais. Mas também por meio do princípio da proporcionalidade, como já tratado acima. Destaca que a ponderação acompanha também a doutrina do efeito recíproco (*Wechselwirkungslehre*), aplicável às normas limitadoras de direitos fundamentais, a impor que se examine em que medida o fim da norma justifica determinada restrição a um direito fundamental, relaciona-se com o chamado efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), a influenciar a interpretação de preceitos de Direito Privado, e também com a chamada concordância prática, no tocante à interpretação constitucional (2000, p. 25-28).

Lembra o autor que a ponderação tem se manifestado também no Direito Administrativo, em especial na chamada atividade planificadora ou conformadora da Administração, como é o caso de questões envolvendo urbanismo, meio-ambiente e outras (2000, p. 31).

O autor defende que não há uma diferença qualitativa entre princípios e regras, nem uma diferença categorial entre subsunção e ponderação como métodos de aplicação de normas, defendendo a possibilidade de ponderação também entre regras (2000, p. 47), notadamente quando houver na norma conceitos jurídicos indeterminados ou programas

normativos condicionais, carentes de concretização, quando há discricionariedade na determinação da consequência jurídica associada a determinado suposto fático.

DA PONDERAÇÃO COMO DERROTABILIDADE DAS REGRAS (*DEFEASIBILITY*)

O raciocínio jurídico rege-se mediante uma lógica não monotônica e em contraposição à lógica clássica e à lógica silogística. Nesta espécie, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão inicial, sendo que, uma vez adicionada outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões anteriormente deduzidas não mais valem necessariamente. Dependendo das premissas adicionadas, pode restar “derrotada” a conclusão original, impondo que se adote uma nova conclusão. Esta é a forma de pensar que os seres humanos utilizam na maioria das vezes em que é necessário raciocinar (SERBENA, 2012, p. 15).

Por este mesmo parâmetro pode-se compreender o raciocínio jurídico. Basta pensar que o magistrado, a partir de um conjunto inicial de fatos provados, pode mudar radicalmente sua convicção inicial frente a uma nova prova produzida ao final do processo e sentenciar de forma contrária à decisão inicialmente formulada ou vislumbrada (SERBENA, 2012, p. 15). O raciocínio jurídico é um raciocínio “derrotável”.

Por outro lado, a norma jurídica implica a existência de um modal deôntico – dever ser – que relaciona um fato do mundo da vida a um efeito jurídico, mediante aquilo que se convencionou chamar de imputação. Trata-se de um modelo hipotético-condicional conformado por um antecedente e por um conseqüente: enquanto o antecedente representa a descrição de um evento necessariamente factível no mundo fenomênico, o conseqüente prevê os efeitos que a ocorrência de tal evento produz perante o Direito (TORRES, 2012, p. 49).

Sob tais parâmetros, a existência da derrotabilidade deve-se a que a afirmação condicional resta afastada quando algum de seus pressupostos implícitos é falso; o condicional derrotável apresenta-se como um condicional sujeito a exceções implícitas. Em outras palavras,

relativamente a um condicional derrotável, pode ser verdadeiro que “*Se A então B*” e falso que “*Se A e C então B*”. A circunstância C constitui uma exceção que derrota o condicional “*Se A então B*” (TORRES, 2012, p. 50).

Tais considerações encontram seu leito natural no estudo das normas jurídicas em sua espécie de regras, compreendidas estas como normas que devem ser realizadas na exata medida de sua prescrição, primariamente retrospectivas, de imediata determinabilidade, e de descritividade de condutas e de situações, envolvendo ou não a aplicação de sanções e com baixo ônus argumentativo em sua aplicação. Em constituindo razões independentes ou formais dadas por uma autoridade e devendo ser observadas, apresentam-se as regras como conclusivas, decisivas ou peremptórias, tendo a aptidão de determinar a conclusão que se encontra em sua formulação (ALFAIA, 2020, p. 219).

Nesse ponto, realizando-se a atividade intelectual interpretativa a partir da conjugação entre os elementos antecedente e consequente da norma jurídica, estabelece-se uma razão contributiva ou decisiva para a elaboração e aplicação da regra. Se for possível identificar tais fatos, tem-se uma regra como uma razão decisiva e, por conseguinte, perfeitamente aplicável na espécie; em caso contrário, não sendo possível identificar tais fatos, tem-se a regra como uma razão meramente contributiva, não vinculando o aplicador o qual, sem declarar a invalidade da regra – ou seja, trabalhando sobre situações de antinomias normativas – e ponderando as razões fáticas disponíveis para a apreciação do conflito, apenas não aplica a regra naquele caso.

Realiza-se um sopesamento entre argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção à aplicação da regra diante do caso concreto. Em estando sujeita a exceções implícitas que não são passíveis de enumeração antecipada, de tal maneira que não se poderia precisar antecipadamente as circunstâncias nas quais operariam como genuína condição suficiente de sua aplicação (SERBENA, 2012, p. 46), a regra é argumentativamente “derrotável” (*defeasibility*).

Conforme coloca Alexandre Prevedello (2019, p. 188-189):

... é necessário que as regras sejam compreendidas como dotadas de autonomia semântica em relação aos propósitos que lhes originam, sem

desconsiderar que circunstâncias particularmente exigentes podem superar a trincheira. A aplicabilidade de uma regra é então determinada tanto pelo seu significado (autonomia semântica) como por circunstâncias particulares, mas a abordagem geral deve ser a de aplicá-la sem avaliar com profundidade as suas razões subjacentes e todo e qualquer caso, sob pena de tornar ineficiente e não previsível o sistema jurídico.

Isso demanda que o juiz, em casos controvertidos, primeiro faça uma verificação preliminar nas razões subjacentes da regra. Se nesse exame de cognição sumária as razões de trincheira a regra demonstram que não é caso de prosseguir, o juiz aplica a regra e não é sobrecarregado com o trabalho de examinar todas as razões favoráveis e contrárias a ela. Por outro lado, se o caso apresenta algum fator relevante capaz de avançar pela trincheira, então o juiz deve realizar uma investigação completa de todas as razões (favoráveis e contrárias à aplicação da regra no caso particular) cujo resultado pode ser aplicá-la ou derrotá-la.

No que é complementado por Humberto Ávila (2019, p. 77):

O importante é que o processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária, que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e de contra-argumentos – isto é, de ponderação.

Diferentemente da antinomia das regras, há uma única regra, a qual resta afastada por alterações nas premissas iniciais representadas geralmente por um ideal de justiça ou por seus próprios fins. A norma objeto de derrota não é revogada, nem invalidada, tampouco não recepcionada. Simplesmente, a regra não incide no suporte fático por obra de um órgão judicante, como se tivesse ocorrido um curto circuito em sua operabilidade (FONTELES, 2020, p. 117).

Logo, enquanto sopesamento de razões e de contrarrazões, bens e valores em jogo que culmina na tomada de decisão enquanto resultado da prévia atividade intelectual interpretativa, igualmente pode estender-se a ponderação ou balanceamento a dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática como vem a ser o caso das regras.

Ocorre uma ponderação das razões ínsitas à regra e das circunstâncias e dos argumentos aplicáveis conforme o caso concreto, como processo argumentativo e de justificação racional e objetivamente controlável, com o que se permitirá ou não abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca de seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles (ALFAIA, 2020, p. 242). O caráter absoluto da regra muitas vezes é completamente superado frente às circunstâncias do caso.

O conceito de derrotabilidade é, portanto, verossímil, sendo que Juan Carlos Bayón e Jorge Rodríguez (*apud* TORRES, 2012, p. 47-48) enumeram onze argumentos em que este fato se produziria:

1. A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a ser compreender casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos.
2. Podem-se promulgar no sistema novos enunciados jurídicos que substituam a solução normativa estabelecida para um caso, ao introduzirem exceções antes não contempladas.
3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem considerar-se o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada.
4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular.
5. Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, mas sempre pode pensar em casos reais ou imaginários atípicos que mereçam uma solução diferenciada. Por isso as obrigações e direitos consagrados em normas gerais devem ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas.
6. Por ser o uso primário dos conceitos jurídicos adscritivo e não descritivo (isto é, que não podem validar-se em função da informação trazida em seu apoio), não se podem enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Por isso um juiz, ao qualificar uma situação mediante um conceito jurídico como, por exemplo, o de ‘contrato’, possui uma margem não

eliminável de discricionariedade. Ele não descreve o fato de que algo seja um contrato em função de certas características empíricas identificáveis, mas adscrive a algo a qualidade de ser um contrato.

7. Qualquer norma jurídica pode ser derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico.
8. A norma geral que um órgão jurisdicional invoca como fundamento de validade da norma por ele criada para a resolução de um caso, não somente serve para convalidar essa norma individual efetivamente adotada mas também toda uma classe de soluções igualmente válidas.
9. Para se determinar a qualificação normativa de certa conduta de um sujeito em um caso particular, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que se pode considerar “verdadeira” ou “completa”, sempre é possível que, em uma situação na qual se crê ser o sujeito detentor de uma obrigação, contenha-se ademais alguma particularidade que torne operável uma exceção.
10. No ponto anterior se supõe informação completa. Todavia, nessa informação acerca da realidade é sempre incompleta. Quando formulamos juízos normativos a respeito de casos particulares, somente podemos emitir juízo derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrota-los.
11. Qualquer pretensão formulada perante um juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que, no caso em questão, concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema.

Não se trata igualmente de fato estranho à prática institucional brasileira. Pode-se citar recente decisão monocrática exarada pelo Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Recurso Especial n. 1.797.998/AC⁹, pelo qual restou afastada a presunção de violência tipificadora de ato infracional análogo ao delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal, que seria superada quando a ofendida, a despeito de ter menos de 14(quatorze) anos de idade à época dos fatos, aquiescesse com a relação sexual. A regra infracional findou por ser “derrotável” no manejo de suas razões substanciais, as quais restaram superadas naquele caso.

Outro exemplo interessante se apresentaria na possibilidade de superação da proibição de tutela provisória em face de Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º, Lei Federal n. 9.494/1997), a qual pode ser “derrotada” conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentarem na espécie¹⁰.

Por fim, pode-se compreender como exemplo de derrotabilidade a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento da união estável homoafetiva¹¹. A regra estabelecida pelo artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não obstante não tenha sido declarada inconstitucional, restou superada pelas novas condições fáticas identificadas. As premissas iniciais por que se orientou o poder constituinte originário, resultando na textura aberta do texto constitucional, restaram alteradas pela nova conjuntura de valores da sociedade, permitindo entendimentos não aceitáveis anteriormente.

Perceba-se, aqui, a inexistência de uma técnica única ou de um conceito unívoco de derrotabilidade. Há variados contextos jurídicos em que não teremos derrotabilidade, e outros, em que os graus de derrotabilidade, seja das normas, seja do discurso de quem as aplica, variam com mais ou menos intensidade (SERBENA, 2012, p. 40). A ponderação enquanto derrotabilidade de regras aplica-se de forma pragmática, conforme o contexto fático de aplicação.

CONCLUSÃO

A ponderação é certamente um tema dos mais controversos no estudo da dogmática jurídica, mesmo admitindo-se sua inclusão no “estado da arte” do campo e do material normativos – da dogmática jurídica analítica – por que se movem os intérpretes autênticos ou institucionalmente autorizados, notadamente na seara dos direitos fundamentais e da prática institucional das Cortes Constitucionais, onde desde sempre foi compreendida e aplicada. Não poucas vezes, a conveniência de sua utilização é severamente questionada.

Em restando estabelecida sua previsão em texto linguístico dotado de autoridade normativa (o Código de Processo Civil) desde 2016, tais

questionamentos não têm mais condições de subsistir. Considerando seu enquadramento enquanto espécie de norma jurídica (postulado normativo), auxiliando e orientando a interpretação e aplicação de outras normas jurídicas (regras e princípios), a ponderação se assenta como fonte primária do Direito no ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, de manejo inderrogável pelo intérprete autêntico e demais agentes do sistema institucionalmente autorizados.

Nesse ponto, a ponderação apresenta-se como um instrumento legislativo posto como forma de realização da legalidade, da coerência e da justificação interna dos provimentos judiciais, enquanto técnica jurídica legislada e utilizada de forma contingente conforme o exija o empreendimento intelectual diante das circunstâncias fáticas e dos conflitos de normas a perpassar a apreciação do texto legislativo dotado de autoridade e a casuística do conflito.

Por outro lado, sua compreensão não mais pode adstringir-se ao tradicional campo de estudos do conflito entre princípios e na seara dos direitos fundamentais, conferindo-se pesos a princípios em contraposição e conforme a casuística do conflito; deve igualmente abarcar a análise do conjunto de razões a formar o suporte fático ao qual procura adequar-se o conjunto de razões antecedentes expostos *a priori* pelo enunciado linguístico decorrente do texto normativo a partir do empreendimento intelectual do intérprete autêntico, no que pode comprometer ou não a aplicabilidade da norma jurídica de espécie regra ao caso concreto, sendo “derrotada”.

Esse contexto implica que a ponderação ou balanceamento deve ser compreendida não como uma contraposição entre normas, mas sob um escopo mais amplo. Uma conjugação – por vezes, sim, uma contraposição – entre razões, bens e valores representados por diversas normas jurídicas ou que orbitam o âmbito de discussões acerca da interpretação e aplicação de uma única norma jurídica, buscando a solução mais adequada conforme o caso concreto.

Trata-se do Direito compreendido enquanto busca da justiça corretiva, prática interpretativa regida pela prudência e não apenas pela ciência *per se*.

Obviamente que não resta eliminada a discricionariedade jurídica (ou judicial) com os contornos acima defendidos. Certamente o legislador, junto a outras limitações externas já postas pelo ordenamento jurídico, estabeleceu um procedimento que poderá ser censurado por um exame mais detido dos provimentos do intérprete autêntico (papel exercido pelo Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro).

Seu leito natural apresenta-se no dever de fundamentação, observando se restaram bem amoldadas e acomodadas as razões, bens e valores em conjugação ou em conflito na moldura fática e jurídica advinda da dinâmica jurídica. Face a não aplicação devida da legalidade, coerência e justificação interna, a ausência deste zelo implicará a devida censura pelas instâncias de controle.

Não se ambiciona a resposta correta ou a concretização do Direito em uma suposta dimensão ideal, mas uma resposta institucionalmente adequada que proporcione autoridade e segurança. Uma solução legal de equidade e a consagração do Direito enquanto prudência, impossibilitado (circunstancialmente ou não) de ser uma ciência.

NOTAS

- ¹ A proposta e ideologia jurídica do presente artigo serão os do positivismo jurídico em seus preceitos clássicos – seja na linha hermenêutica ou hartiana, seja na linha normativista ou kelseniana – pautado nas seguintes premissas: (i) Direito como produto de fontes sociais, estas materializadas nos sistemas romano-germânicos (caso do ordenamento jurídico brasileiro) em atos de vontade vinculantes da autoridade legislativa *a priori*, isto é, em textos normativos legislados ou em fontes de produção do Direito institucionalmente autorizadas (sentido amplo de positivismo jurídico); (ii) plena separação entre Direito e moral, isto é, mesmo que nasça da moral e da política em sendo estas fatos incontornáveis dos conflitos humanos e cuja resolução se busca materializar no Direito, seu desenvolvimento posterior, sua interpretação e aplicação são independentes destas considerações (sentido estrito de positivismo jurídico); e (iii) discricionariedade do intérprete jurídico autêntico no trato dos *hard cases* (“casos difíceis”) ou desacordos teóricos.
- ² STJ - REsp: 1765579 SP 2017/0295361-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 12/02/2019.
- ³ Segundo a concepção defendida neste artigo, igualmente como postulado normativo.
- ⁴ Casos difíceis são definidos pelo fato de que há razões tanto a favor como contra qualquer das resoluções levadas em consideração (GLOECKNER, 2012, p. 149). Pode-se valer do conceito dogmático conferido pelo Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF - MS: 32326 DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: Dje-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013), pelo qual “Casos difíceis, ao revés, são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Para resolver o problema, o juiz terá de elaborar argumentativamente a resposta correta, considerando inúmeras variáveis, algumas delas metajurídicas. (...) Diante de um caso difícil, os elementos tradicionais de interpretação são insuficientes para resolver

o problema e é preciso recorrer a categorias teóricas diferentes, associadas à determinação do núcleo essencial de um princípio, à concordância prática entre normas colidentes ou à ponderação como técnica de determinação da regra final a ser aplicada.”

- ⁵ Seguindo-se aqui a concepção teórica de Humberto Ávila (2019).
- ⁶ STF - ADI-MC: 1407 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974.
- ⁷ STF - ADC: 9 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 13/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001.
- ⁸ STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.
- ⁹ STJ - REsp: 1797998 AC 2019/0050486-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 16/05/2019.
- ¹⁰ Embora não tenha sido citado pelo autor e tenha sido apreciada anteriormente à edição da Lei Federal n. 9.494/1997, o Supremo Tribunal apreciou feito similar (STF – Tribunal Pleno, ADI-MC 223, rel. Min. Paulo Brossard, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.4.1990, por maioria, DJU 29.6.1990, p. 6.218) em que, frente à proibição de deferimento de tutela cautelar em face da Fazenda Pública, tal regra poderia ser afastada frente às circunstâncias do caso concreto sem que fosse necessariamente declarada inválida.
- ¹¹ ADI 4277/DF e ADPF 132/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, v.u., divulgado em 13.10.2011 e publicado em 14.10.2011.

REFERÊNCIAS

ALFAIA, Fábio Lopes. **Reserva do Possível e Discricionariedade Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, c1985, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARAK, Aharon. **Proportionality**. Constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição, atualizada (em apêndice) a CF/88, com as Emendas Constitucionais até a de n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 março de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.494, de 10 de Setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.765.579**. Sociedade Beneficente Muçulmana (recorrente) e Google Internet Brasil (recorrido), julgado em 05 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/675073509>. Acesso em: 04 de junho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.797.998**. Ministério Público do Acre (recorrente) e D DA S G (recorrido), julgado em 16 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878733646/recurso-especial-resp-1797998-ac-2019-0050486-0>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 9**. Presidente da República (autor), julgado em 13 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14749488/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-9-df>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Siegfried Ellwanger(paciente), Werner Cantalício João Becker (impetrante) e Superior Tribunal de Justiça (impetrado), julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs/inteiro-teor-100486503>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32326**. Defensoria Pública do Estado de São Paulo (impetrante), Carlos Henrique Focesi Sampoio (impetrante) e Presidente da Câmara dos Deputados (impetrado), julgado em 18 de março de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878975366/mandado-de-seguranca-ms-32326-df-distrto-federal-9991479-5020131000000>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1407**. Partido Comunista do Brasil do Brasil – PC DO B autor), Presidente da República (réu) e Congresso Nacional (réu), julgado em 07 de março de 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744490/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1407-df>. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta por Inconstitucionalidade 4277**, Procuradoria Geral da República (requerente), Presidente da República (interessado) e Congresso Nacional (interessado), julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+223%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aszoqna>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta por Inconstitucionalidade 223**. Partido Democrático Trabalhista (requerente) e Presidente da República (interessado), julgado em 05 de abril de 1990. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkxmaby>. Acesso em: 19 de março de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina – Portugal, 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, norte-americana e brasileira**. Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 10ª edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Com um Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Alexy e o paradoxo do mentiroso: fórmula de ponderação e indeterminação do Direito. *In*: SERBENA, Cesar Antonio (coord.). **Teoria da Derrotabilidade. Pressupostos Teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 121-159.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional**. Prólogo de Miguel Carbonell. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

MIGALHAS. STJ fixa parâmetros para analisar ponderação de princípios no CPC/15. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://migalhas.com.br/quentes/299087/stj-fixa-parametros-para-analisar-ponderacao-de-principios-no-cpc-15>. Acesso em 04 de junho de 2023.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Dr. Gildo Rios. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da Derrotabilidade**. As exceções não previstas nas regras jurídicas. Curitiba: Juruá, 2019.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. **La Ponderación de Bienes e Interesses en el Derecho Administrativo**. Madri: Marcial Pons, 2000.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas Jurídicas, Inferência e Derrotabilidade. *In*: SERBENA, Cesar Antonio (coord.). **Teoria da Derrotabilidade. Pressupostos Teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 13-41.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o Razoável**. *In*: Revista dos Tribunais, 798 (2002), p. 23-50.

SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SWEET, Alec Stone e MATHEWS, Jud. **Proporcionalidad y Constitucionalismo**. Un enfoque comparativo global. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2013.

TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord.). **Teoria da Derrotabilidade. Pressupostos Teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 43-57.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos Direitos Fundamentais**. Teoria, Método, Fato e Arte. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

Recebido em: 26-4-2022

Aprovado em: 7-6-2023

Fábio Lopes Alfaia

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Público Constitucional e Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Graduado em Bacharelado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA e da Escola Superior Batista do Amazonas – ESBAM. Juiz de Direito de 2ª entrância do Poder Judiciário do Estado do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4133054126788149>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9115-1933>. E-mail: fabioalfaia@hotmail.com

Eduardo Rocha Dias

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0972-354X>. E-mail: eduardorochadiaz@unifor.br

Jean Carlos Pimentel dos Santos

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior

do Amazonas – CIESA. Bacharel em Direito pela Universidade Nilton Lins. Docente em Processo Civil pelo CIESA, ESTJAM e ESMAM. Palestrante e Congressista. Juiz de Direito de 2ª Entrância do Poder Judiciário do Estado do Amazonas, atualmente lotado na Vara de Registro Público e Usucapião – VRPU da Capital do Estado do Amazonas. Titular da 1ª VECUTE, respondendo Cumulativamente pela Vara de Registro Público; Vara de Usucapião e Questões Agrárias; 4ª VECUTE, juiz auxiliar da Vice-Presidência do TJAM, e membro da 1ª Turma Recursal do Estado do Amazonas. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1633165995878313> Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-6633-0339>. E-mail: jeancpimentel@icloud.com

Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA
Av. Djalma Batista, 4300
Flores, Manaus - AM, 69058-807