

A PONDERAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

Juarez Sanfelice Dias¹

RESUMO:

O presente trabalho analisa o artigo 489 do Código de Processo Civil na parte em que faz referência à ponderação (sopesamento) a ser utilizada pelo magistrado.

Representa a inovação trazida uma contribuição efetiva para a solução do conflito entre regras e princípios, especialmente diante dos chamados “casos difíceis”?

ABSTRACT:

The present work analyzes the article 489 of the Code of Civil Procedure in the party in which makes reference to the weighting (balancing) to be used by the magistrate.

Represents the innovation that occurred an effective contribution to the solution of the conflict between rules and principles, especially in the face of the so-called "hard cases"?

PALAVRAS-CHAVE:

Direito processual civil, princípios e regras, ponderação, sopesamento, fundamentação da decisão judicial.

¹ Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP, Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Professor da PUC-Campinas, Procurador do Estado de São Paulo

KEY WORDS:

Civil procedural law, principles and rules, weighting, balancing, reasoning of judicial decision.

INTRODUÇÃO

O artigo 489 do Estatuto Processual Civil, após fixar os elementos da sentença e discorrer, em seus seis incisos, acerca do que considera uma sentença não fundamentada, busca traçar um norte para a solução do conflito entre normas, a partir da figura da ponderação.

Assim dispõe o dispositivo em questão:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:...

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; ...

§ 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.

O objetivo do presente artigo é tentar esclarecer em que consiste a ponderação e se ela se prestaria à solução de controvérsia de qual espécie de norma, tentando auxiliar na atividade interpretativa.

Partiremos, nesta tentativa, inicialmente da classificação das normas jurídicas ressaltando as características das espécies destacadas. Em seguida, discorreremos acerca da figura da ponderação, tentando defini-la e vinculá-la à classificação proposta. Por fim, abordaremos se o novel Código de Processo Civil foi feliz em seu dispositivo, contribuindo para a atividade hermenêutica.

1. A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Vários autores já abordaram o tema da classificação das normas jurídicas, havendo um relativo consenso que as coloca em duas categorias, a das regras e dos princípios. Humberto Ávila adiciona uma terceira categoria, a qual denomina “postulados”.

A diferenciação entre as espécies de normas tem como objetivo estabelecer as características da cada qual de modo a facilitar a tarefa do intérprete e “minorar a sobrecarga argumentativa do aplicador”. (Ávila, 2015: p. 88)

Segundo Alexy “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (2012: p. 90). E continua: “princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (2012: p. 90). No atinente às regras, o autor define que

“são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas... regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. (2012: p. 91)

Outro ponto principal para a diferenciação entre as espécies de normas é justamente a forma de solução dos conflitos. Com relação às regras, o conflito é resolvido através da introdução de uma regra de exceção que elimine o choque, ou com a declaração de invalidade de uma das normas.

No que diz respeito aos princípios, eventual conflito é resolvido através da prevalência de um sobre o outro, atribuindo-se um peso maior a um deles sem que haja a necessidade de invalidação daquele preterido.

E é justamente nesta atividade de priorização de um dos princípios que entra a figura do sopesamento. Vejamos o ensinamento de Alexy:

“O conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto...” (2012, p. 95)

Assim, para referido autor, se dois princípios colidem, um deverá ceder, não implicando necessariamente na declaração de invalidade do princípio não prestigiado. Pode até ocorrer a situação de um princípio vencedor num determinado conflito ser preterido numa outra ocasião. (2012, p. 93)

Entre nós, Luis Roberto Barroso assim estabeleceu a diferença:

130

<http://revistasapereaude.org/index.php/edicoes/ano-4-volume-12-junho-2016>

D.O.I: 10.20523/sapereaude-ano4-vol-12-pg-127-142

“Quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados.

Quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;

Quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.”
(2010: p. 318)

Barroso ensina que, especialmente na prática da interpretação da Constituição Federal de 1988, poderá haver colidência entre normas, fazendo-se necessária a utilização da técnica da ponderação. Esta consiste na técnica interpretativa pelo qual o julgador “fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional”. (Barroso, 2013: p. 95)

Partindo das diversas teorias desenvolvidas, Humberto Ávila sintetizou os critérios para a diferenciação entre as regras e princípios nos critérios hipotético-condicional, do modo final de aplicação e do relacionamento normativo. (Ávila, 2015, p. 60 ss.)

Pelo primeiro critério, as normas atenderiam à formatação da existência de uma hipótese e uma conclusão, enquanto os princípios estampariam apenas valores, sendo utilizados na aplicação de outras regras.

Segundo o critério do modo final de aplicação, as regras obedeceriam à regra do tudo ou nada, o que não ocorreria com os princípios que observariam o modo gradual mais ou menos.

Tomando por base o relacionamento normativo, o conflito entre regras acarretaria a declaração de invalidade de uma delas, enquanto o conflito entre princípios seria resolvido através de uma ponderação, com atribuição de pesos aos princípios de modo a privilegiar um deles sem acarretar a invalidação do outro.

Já sob o prisma do último parâmetro, a distinção levaria em consideração o valor axiológico dos princípios, que serviria de norte para a tomada de decisões.

Todos estes fatores de *discrímen* são importantes para o entendimento das figuras das regras e dos princípios, mas contemplam falhas ou merecem aperfeiçoamento, conforme muito bem pontificado por Humberto Ávila.

Destacamos, rapidamente, alguns pontos:

Com relação ao critério hipotético-condicional, é possível reformular princípios sob a fórmula hipotético-condicional. Não é o modo como a norma é apresentada, numa estrutura hipotético-condicional, que a torna uma regra.

No atinente ao parâmetro do modo final de aplicação, assevera que ele se mostra falho, uma vez que o critério do tudo ou nada não é suficiente para a distinção entre as espécies, uma vez que “as regras também precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas”. (Ávila, 2015: p. 69)

Humberto Ávila critica, ainda, o critério do modo de conflito como norte para estabelecer as diferenças, sustentando que a ponderação não é método privativo para a solução da colidência entre princípios, podendo também ser utilizada no conflito entre regras. Dá, neste ponto, alguns exemplos de conflitos entre regras no plano concreto, com a utilização da ponderação como técnica para a solução da controvérsia, sem a declaração de invalidade de qualquer norma.

Segundo o autor, a ponderação é ferramenta utilizada tanto no conflito de regras como no conflito entre princípios, havendo divergência quanto ao tipo de ponderação e de justificação em cada caso. (2015: p. 82)

Ana Paula Barcellos sintetizou oito critérios para a distinção entre princípios e regras. Quanto ao conteúdo, os princípios estão mais próximos da ideia de valor, de direito, de moral. Quanto ao compromisso histórico, os princípios seriam universais, absolutos. Quanto à origem, as regras derivariam de outras regras ou princípios. Quanto à função no ordenamento, os princípios teriam uma função explicadora, possuindo ainda uma linguagem mais abstrata, o que implicaria numa diferente estrutura linguística. Haveria, ainda, uma diferenciação quanto ao esforço interpretativo, muito maior nos princípios e na aplicação e determinação de seus efeitos. (2013: p. 98)

2. A PONDERAÇÃO

Estabelece o parágrafo 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Como já discurremos acima, há divergência entre os autores acerca do conceito de ponderação e sua aplicação restrita aos princípios ou também às regras. Neste último sentido, Humberto Ávila adota um conceito amplo de ponderação, entendendo como “sopesamento entre razões e contrarrazões” (Ávila, 2015, p. 81). Por isso, conclui, “não é método privativo de aplicação dos princípios, mas critério de aplicação de qualquer norma, tendo em vista o caráter argumentativo do próprio Direito, como bem demonstra MacCormick”. (2015, p. 81)

Já Canotilho ensina que “ponderar os princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios num caso concreto, tem maior peso ou valor” (1993, p. 1203). E arremata no sentido de que “a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini) à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflituantes” (1993, p. 1203). O constitucionalista, no entanto, não especifica como se dará, na prática, esta ponderação.

A autor que parece ter desenvolvido com maior profundidade o tema foi Alexy, chegando ao ponto da utilização de uma forma quase matemática na solução deste tipo de conflito, através da utilização do que denomina fórmula-peso.

Para solucionar possíveis conflitos entre princípios, Simioni propõe, com base na leitura de Alexy, cinco etapas necessárias:

- “a) Identificação dos princípios em estado de colisão;
- b) Comprovação do grau de não satisfação de um princípio diante da satisfação do outro ou dos outros;
- c) Comprovação da importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto;
- d) Comprovação dos motivos que justificam a consideração de uma maior importância na satisfação de um dos princípios e uma menor importância na satisfação do outro ou dos outros – que antes Alexy apresentava como uma necessidade de indicação das condições de precedência de um princípio em relação ao outro; e
- e) Indicação das consequências sobre as condições de precedência, quer dizer, indicação das consequências da dotação de um maior peso para um princípio e não para outro. ” (Simioni, 2014: p. 292)

Na primeira etapa a decisão jurídica apenas identifica quais os princípios em estado de colisão (2014: p. 293-294).

Na segunda etapa deve-se comprovar o grau de não satisfação de um princípio diante da satisfação do outro princípio (2014, p. 294). Ou seja, deve-se comprovar que a aplicação de um princípio importa num grau de violação ao outro princípio e vice-versa.

A terceira etapa é a comprovação da importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto (2014, p. 294).

Esta comprovação, ensina Simioni, não é a comprovação meramente abstrata. O autor nos dá um exemplo:

“Pensa-se em um caso de eutanásia de uma pessoa que está sendo mantida viva por aparelhos, levando uma vida vegetativa, uma vida que poderíamos chamar de indigna. Em um caso como esse, há uma clara colisão entre o direito à vida e o direito à dignidade da vida – como também poderíamos adicionar ainda o direito à liberdade de decidir sobre o próprio destino, que é comum quando a família do paciente entra na discussão. Ninguém discorda que esses princípios são igualmente importantes. Ninguém discorda também que a vida e a dignidade são princípios tão próximos que chega até ser difícil acreditar que eles poderiam ser contraditórios. Mas em um caso de eutanásia, eles podem ser.” (2014, p. 295)

A quarta etapa sugerida por Alexy impõe uma argumentação jurídica acerca do grau de violação de um princípio pela aplicação do outro. Atribui a cada uma das violações um grau, por exemplo mínimo, médio e máximo. Num caso concreto, se a aplicação de um princípio em detrimento do outro importar na restrição máxima, ao passo que o inverso acarretar na restrição média do primeiro princípio, esta última seria a escolha correta. Na soma haveria, assim, uma maximização, uma otimização na aplicação de ambos princípios. A este cálculo Alexy denomina “fórmula-peso”:

“Já em um caso de eutanásia de paciente terminal, a colisão pode se dar entre a vida e a dignidade. Em uma situação como essa, a fórmula peso permite as seguintes questões: se fosse aplicado o direito à dignidade, permitindo a eutanásia do pensamento terminal, qual seria o grau de interferência da dignidade sobre o direito à vida? Leve, médio ou grave? E se fosse aplicado

o direito à vida, proibindo a eutanásia do paciente terminal e condenando-o a viver uma vida vegetativa, qual seria o grau de interferência do direito à vida sobre a dignidade? Leve, médio ou grave?” (Simioni, 2014, p. 297-298)

Simioni pondera que “há uma subjetividade enorme aqui, que evidentemente parece comprometer a objetividade da ponderação” (2014, p. 299).

Deve-se frisar que a fórmula-peso de Alexy leva em conta o grau de intervenção de um princípio em outro e também o peso abstrato dos princípios. Isto porque pode a ordem jurídica conferir um peso maior a um princípio do que a outro. Alexy não afasta, ainda, a aplicação de princípios morais, “de modo que a articulação dessas três dimensões – concreta, abstrata e moral – dos pesos dos princípios só pode ser realizada discursivamente, isto é, só pode ser realizada mediante uma justificação argumentativa” (Simioni, 2014, p. 300).

A quinta etapa consiste na indicação das consequências sobre as condições de precedência, ou seja, trata-se da justificação de que a escolha por um princípio importará em “consequências jurídicas válidas porque plenamente justificadas sob as circunstâncias do caso concreto” (Simioni, 2014, p. 302).

Podemos verificar na leitura do artigo do Código de Processo Civil que o diploma não trouxe qualquer critério para a realização da aludida ponderação, simplesmente exigindo que o magistrado justifique o objeto e critérios utilizados na decisão.

Mostra-se o dispositivo, em sua integralidade, no entanto, louvável, uma vez que exige que a decisão judicial seja devidamente fundamentada, explicitando quais são o objeto e os critérios da

ponderação efetuada, bem assim as premissas que justificam o acolhimento de uma regra/princípio em detrimento de outra igualmente e aparentemente aplicável ao caso sub judice.

3. PONDERAÇÃO É INTERPRETAÇÃO?

A lacuna da legislação processual civil nos leva a alguns questionamentos: a ponderação é sinônimo de interpretação? Ou seria ela uma técnica interpretativa, ou simplesmente uma argumentação para embasar a tomada de decisão?

Ponderação e interpretação estão no mesmo nível de racionalidade?

Neste ponto, socorremo-nos das lições de Francisco Motta, citando Lenio Streck e Ernildo Stein: “a hermenêutica e as teorias da argumentação operam em níveis de racionalidade distintos”. E continua: “enquanto a primeira funciona como um vetor de racionalidade de primeiro nível (estruturante), como diz Stein, a segunda opera no plano lógico, apofântico, mostrativo”. (Motta, 2012: p. 192)

Este, nos parece, é o ponto principal lecionado por Francisco Motta: uma coisa é o compreender, outra coisa totalmente diversa é o justificar. O compreender já ocorreu muito antes do justificar.

A ponderação, desta forma, não é anterior à atividade interpretativa. O magistrado primeiro interpreta. A norma é criação deste intérprete: nesta criação este intérprete já se utilizou de princípios e de regras para compor sua norma, que necessariamente é prática.

Não há, assim, princípios em conflito cuja solução será buscada através de fórmula peso ou qualquer outra teoria argumentativa. Esta decisão já foi tomada pelo magistrado diante do caso concreto, sua norma, que é construção de sentido a partir da leitura dos artigos de lei, portanto “enunciação enunciada”, devidamente unida às razões que a apoiam.

Em outros termos, o magistrado ao interpretar fez a sua criação da norma jurídica. Este é o objeto de sua atividade, a criação da norma diante do caso concreto. Não há, destarte, a “norma afastada” prevista no artigo 489 do Código, pois há apenas uma norma, aquela construída pelo julgador.

Tomemos as palavras, mais uma vez, de Francisco Motta, tendo em vista a precisão do ensinamento:

“Essa ‘escolha’ não pode valer (e não vale!) como uma elaboração prévia, que propiciaria, a posteriori, o acesso à compreensão; do contrário: não esqueçamos que o Dasein (ser-aí) já interpretou sempre, e que, como tal, não está em causa um método prévio; por isso, a razão segue com Lenio quando acentua que ‘quando o intérprete do direito diz ‘eu interpreto desse modo porque estou baseado no método tal’, o Dasein se pronuncia (e já se pronunciou desde há muito) como ser-no-mundo’.” (2012 : p. 153)

O artigo 489 do Código, ao mencionar a “norma afastada” está, evidentemente, a se referir ao artigo/regra/princípio não aplicado no caso sub judice, exigindo do julgador, ao compor sua norma jurídica, a justificar os critérios utilizados e fundamentar sua decisão com base nos valores que entende devam prevalecer na situação concreta.

CONCLUSÕES

O artigo 489 do Código de Processo Civil inovou ao estabelecer critérios para a fundamentação das decisões judiciais. No tocante ao conflito entre normas, exigiu que o aplicador justifique os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Como vimos, o artigo não estabelece o significado do que venha a ser a ponderação, em que ela consiste. A doutrina, de outro lado, sempre trabalhou com este termo, especialmente na utilização para a solução prática de conflito entre uma espécie de norma jurídica denominada “princípios”.

A menção à necessidade de justificativa é importante e inovadora no ordenamento jurídico, mas deve ser posta em seu devido lugar. Isto porque qualquer teoria da argumentação jurídica mostra-se incompleta, uma vez que a atividade de conhecimento lhe é necessariamente anterior. O magistrado antes cria a norma jurídica com base no caso concreto, atentando para os valores previstos no ordenamento jurídico, especialmente na Constituição Federal, já escolhendo os princípios aplicáveis e somente posteriormente justifica sua criação, ocorrendo neste momento a atividade argumentativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 16ª edição, revista e atualizada, 2015, 237 p..

BARCELLOS, Ana Paula de. *Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios*, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p..

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação Constitucional como interpretação específica*, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p..

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2010, 453 p..

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1993, 4ª ed..

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização*. In: Revista de Direito da Universidade de Brasília. Volume 02, n. 01, janeiro/abril de 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 568 p..

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*., São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2ª tiragem, 2012, 1592 p..

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2ª edição, 2012, 231 p..

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, 817 p..